Maklerrecht

unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Grundstücksmakler

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Heinrich Müller
Referendar in Lübeck

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1933

Referent: Universitätsprofessor Dr. Rudolf Henle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem lieben Vater,
dem Gütermakler
Heinrich Müller
in Lübeck

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549208_0072

Inhalt.

Seite

I. Allgemeines 1
1. Der Maklerstand 1
2. Die wirtschaftliche Bedeutung des Maklers 2
II. Geschichte des Maklers 6
III. Begriff, Rechtsnatur und Abgrenzung des Maklervertrages . . 10
1. Begriff 10
2. Rechtsnatur 12
3. Abgrenzung vom Werkvertrag 16
4. Abgrenzung vom Dienstvertrag 17
5. Abgrenzung von der Auslobung 18
6. Abgrenzung vom Auftrag 18
IV. Rechte und Pflichten des Maklers 18
1. Pflichten des Maklers 18
a) Pflicht zum Tätigwerden 18
b) Sorgfaltspflicht 20
c) Treupflicht 21
d) Verschwiegenheitspflicht 29
2. Rechte des Maklers 30
a) Der Lohnanspruch 30
aa) Entfaltung einer Tätigkeit 30
a_1) Der Nachweis 30
b_1) Die Vermittlung 32
c_1) Die persönliche Tätigkeit 39
bb) Zustandekommen des Vertrages 41
a_1) Formelle und materielle Gültigkeit des Rechtsgeschäfts 41
b_1) Unbedingtheit des Vertrages 42
c_1) Kausalzusammenhang 43
b) Recht auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung . . 46
c) Aufwendungen und Aufwandsentschädigung 49
V. Höhe des Maklerlohnes 50
VI. Erfüllungsort 52
VII. Verjährung 52
VIII. Beendigung des Vertrages 53
IX. Festanhandgabe 55

Literatur.

Achilles, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Auer, Das Stadtrecht von München. München 1840.
Bär, Urkunden und Akten zur Geschichte der Verfassung und Verwaltung der Stadt Coblenz. 1898.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin u. Leipzig 1886.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Burchard, Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages 1897 Bd. 2 S. 235.
Cohen, Die juristische Natur des Mäklervertrages. In Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Jahrg. 1906.
Cosack, Das Handelsrecht. 7. Aufl. 1910.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.
— System des Bürgerlichen Rechts. 1902. Bd. II.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Halle 1899.
Dörr, Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Recht. In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1905, Bd. 70.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 25./29. Aufl. 1926.
Frensdorff, Der Makler im Gebiete der Hansa. In der Festschrift der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger 1901.
Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. 1903.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1890.
— Ursprünge des Maklerrechts. In Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 28.
Groener, Die Rechtsstellung des Untermäklers nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1919.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 37, 40 und 56.
Heeren, Ideen über die Politik, den Verkehr und den Handel der vornehmsten Völker der alten Welt.
Heine, Der Maklervertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1903.
Hoeniger, Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrhunderts. Bd. 1.
Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre. Heft 2: Das Recht der Mäkler. 2. Aufl., 3. Aufl., 1. Aufl.
Kempke, Die rechtliche Natur des Maklervertrages. Diss. Rostock 1929.
Klein, Zur Lehre von der Anzeigepflicht des Schuldrechts. In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Jahrg. 74.

Kohler, Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht. In Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 25.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Aufl. Berlin 1928.
v. Koenig-Fachsenfeld, Frh. Franz, Der Mäklervertrag im gemeinen Recht. Diss. Stuttgart 1896.
Laband, Die Lehre von den Mäklern. In Zeitschr. für Deutsches Recht, Tübingen 1861, Bd. 20.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1902/03.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. 1914.
Mayer, Das Stadtbuch von Augsburg. Augsburg 1872.
— Rechte und Pflichten aus dem Mäklervertrag. Diss. Heidelberg 1912.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl. 1896.
Mugdan u. Falkmann, Entscheidungen des Oberlandesgerichts.
Naumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts. Bd. 2, 3, 5 u. 10.
Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis. In ArchBürgR. Bd. 6.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. II. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1929.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. 1907 u. 1908.
Poggenheim, Kommissionäre und Dolmetscher. In Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 29.
Protokolle der 2. Kommission, Bd. 2.
Raff, Der Untermakler. In Deutsche Immobilienzeitung 1930 S. 85 ff.
— § 654 des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Deutsche Immobilienzeitung 1929 S. 363 ff.
Reichel, Die Maklerprovision. München 1913.
Reichstagskommissionsberichte, Bd. 1.
Reichstagssitzungsprotokolle.
Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksmakler. In Gruchots Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 40.
Riesenfeld, Der Zivilmäkler. In Gruchots Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 37.
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Bd. 2 S. 1890.
Rospatt in Gruchots Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 45.
Schmoller, Die Straßburger Tücher- und Weberzunft. 1879.
Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse.
Silber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1901.
Silberrad, De sensalibus vulgo Mäklern. Altorf 1711.
Sörgel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. Berlin u. Leipzig 1912.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl., 9. Aufl. Berlin 1912 u. 1929.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. Jahrg. 1910.
Wollstein, Die rechtliche Stellung des Untermäklers nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1919.
Woltersdorff, Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Diss. Jena 1904.

I. Allgemeines.

1. Der Maklerstand.

Seit altersher war der Makler viel begehrt, aber wenig geehrt.

Im Altertum war der Handelsmann mißachtet. Dies galt noch vielmehr in den Zeiten des frühen Mittelalters. Die Geringschätzung des Handelsmannes umfaßte zwingend auch das Gewerbe des Maklers.

Durch Fleiß und Zielbewußtheit gelang es den Kaufleuten, sich zum Beginn deutscher Städtegründungen durchzusetzen und zu behaupten, während der Makler erst gegen Ende des Mittelalters Ansehen und Macht errang. Die Blütezeit des Maklertums währte nicht lange. Der 30jährige Krieg führte zum Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft. Dieser zog weite Grenzen nach sich, die insbesondere das Handelsgewerbe und damit das Maklergewerbe trafen.

Erst mit der Industrialisierung des 19. Jahrhunderts fand der Makler neue Verdienstmöglichkeiten.

Gleichzeitig entstand ihm aber in der Gewerbefreiheit ein gefährlicher Gegner. Leute ohne Fachkenntnis und Verantwortungsbewußtsein drängten sich in den Maklerberuf. Entgleiste Elemente suchten durch Maklergeschäfte zu verdienen. Ein verdorbener Kaufmann ist ein guter Makler, hieß ein Sprichwort. Das Ansehen der Makler litt auf das empfindlichste. Für den Außenstehenden war es nicht leicht, den soliden Makler von dem unwürdigen Eindringling zu scheiden.

Der Gesetzgeber versuchte durch Neufassung der Gewerbeordnung (1883) den Mißständen abzuhelfen. Durch die neuen Bestimmungen wurden aber sämtliche Zivilmakler zu Gewerbetreibenden zweiten Grades herabgedrückt. Der Zivilmakler wurde ausnahmslos einer nach Landesrecht zulässigen Polizeiaufsicht unterstellt.

Dieses hatte zur Folge, daß die Behörden und die Öffentlichkeit den Makler mit einem in keiner Weise zu rechtfertigenden Vorurteil begegneten. Die Fassung des Maklerrechts im Bürgerlichen Ge-

setzbuch verrät auch die enge Auffassung des Gesetzgebers über den Makler als eines des vollen Rechtsschutzes nicht würdigen Menschen.

Der einzelne Makler vermochte im Kampfe gegen Mißtrauen der Behörden, gegen Mißachtung weiter Kreise der Bevölkerung, gegen ungeeignete Mitläufer und gegen nachteilige Gesetzesbestimmungen nichts zu erreichen.

Die Makler schlossen sich deshalb zu örtlichen Berufsverbänden zusammen.

Am 25. Oktober 1924 erfolgte dann in Köln der Zusammenschluß der örtlichen Vereine und Landesverbände zum Reichsverband Deutscher Makler.

Die Berufsorganisationen sehen ihre wichtigste Aufgabe in der Säuberung ihres Standes von allen unfähigen und unsoliden Elementen. Nur der ehrliche Makler, dessen Vermittlungstätigkeit auf beiden Seiten Vertrauen genießt, findet Achtung. Diese Seite seines Berufes betrachtet der ordentliche Makler als seine vornehmste Pflicht.

2. Die wirtschaftliche Bedeutung des Maklers.

Der moderne Wirtschaftskörper ist ein weitverzweites auf dem Prinzip der Arbeitsteilung aufgebautes Gebilde. Der Weg vom Rohstoff bis zum Fertigfabrikat führt durch zahlreiche Tätigkeitsfelder. Nur selten wird der Produzent in der Lage sein, Wege zu benutzen, um seine Ware unmittelbar bei dem Verbraucher abzusetzen. In der Regel bedarf es der Vermittlung des kaufmännischen Warenhändlers. Auf dem Gebiete des Immobilienverkehrs übt diese Vermittlungstätigkeit der Grundstücks- oder Hypothekenmakler aus.

Die Frage nach der Berechtigung des Maklers im Wirtschaftsleben ist deshalb nicht nur zu bejahen, sondern seine Tätigkeit ist als wirtschaftsgebundene Notwendigkeit anzuerkennen. Zum richtigen Verständnis seiner Berechtigung führt uns eine nähere Betrachtung über die Eigenart des Grundstücks- und Hypothekenverkehrs.

Der Grundstücks- und Hypothekenmarkt dient der Kapitalsanlage. Derjenige, der sein Geld anzulegen sucht, findet hierfür auf dem Grundstücksmarkt zwei Möglichkeiten. Entweder übernimmt er käuflich den Grundbesitz als Wertobjekt oder er investiert sein Kapital gegen Bestellung eines Pfandrechts in Form

einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld. Die Verhältnisse auf dem Immobilienmarkt sind von der Lage des Kapitalmarktes in starkem Maß abhängig.

Sowohl städtische wie landwirtschaftliche Grundstücke werden zu spekulativen Handels- und zu Erwerbszwecken benutzt. Grundstücksflächen werden durch Kapitalinvestierung zu baufähigen Terrains aufgeschlossen und durch Bebauung mit Geschäfts- und Wohnhäusern zweckmäßig ausgewertet. Kapital ermöglicht bei landwirtschaftlichen Objekten eine intensive Ausnutzung der Flächen und dadurch eine Steigerung der Ertragsfähigkeit des Bodens. Die weitere Folge ist ein erhöhter Wert des Objektes.

Aber nur in wenigen Fällen vermag der Einzelne das Grundstück zu einer beachtenswerten Höhe emporzutreiben. Denn nicht allein der Ertrag bestimmt den Wert einer Sache. Die Verwertbarkeit und die Umsatzmöglichkeit sind vornehmlich die beiden Faktoren, die die Entwicklung des Wertes bei einem Grundstück ausmachen. Die Folgeerscheinung ist, daß gerade sie den Anreiz zu spekulativen Geschäften geben. Geschäftshäuser steigen im Werte durch die Erschließung von Straßenvierteln. Eisenbahnlinien, Straßenzüge, Kanäle, Siedlungen und dergl. mehr bedingen eine Wertsteigerung. In allen diesen Fällen gewinnt der Grund und Boden ohne Zutun des Eigentümers fortdauernd an Wert, weil Grund und Boden nicht vermehrbar sind wie jedes andere Gut, sondern einer vermehrten Nachfrage ein stets gleichbleibendes Angebot gegenübersteht. Die stärkste Entfaltung hat der Grundstücksverkehr zweifellos an den großen Handelsplätzen und an den ausgesprochenen Industriezentren genommen.

Landwirtschaftliche Grundstücke scheiden in der Regel als Spekulationsobjekte aus. Bäuerliche Betriebe sind häufig nur unter erheblichem Aufwand von Zeit und Kosten zu erreichen. Die großen Besitzungen im Osten erfordern oft Tagesreisen. Besonders ungünstig gestalten sich die Verhältnisse für den Spekulanten durch die Kulturarten, die je nach der Beschaffenheit verschieden sind und deshalb jeweils andere Verhältnisse für die Führung des Betriebes bedingen. Deshalb kann niemand verschiedene Landgüter für längere Zeit in Eigenwirtschaft übernehmen. Die erforderlichen Betriebsmittel stehen hier regelmäßig in keinem Verhältnis zu den etwaigen Ertragsmöglichkeiten. Deshalb sehen sich Banken, die bei dem katastrophalen Zusammenbruch der Landwirtschaft ständig Landbesitz in eigenen Betrieb übernehmen müssen, gezwungen, ohne jedes Entgelt Pächtern die Wirtschaft mit eigenem Risiko zu überlassen.

Das heutige Zivilrecht ist derart schwierig, daß niemand ohne genaue Kenntnis der Gesetzesnorm sich hier durchfinden kann. Das trifft vor allem auf das Grundstücks- und Hypothekenrecht zu.

Der Makler muß auf dem Gebiet des Sachenrechts, der Grundbuchordnung, des Zwangsversteigerungsgesetzes gründliche Kenntnisse aller einschlägigen Bestimmungen besitzen. In Aufwertungsfragen muß er insbesondere ein umfangreiches Wissen haben. Zu diesen Materien tritt das Vertragsrecht, vornehmlich das Maklerrecht.

Ähnlich ist es beim Steuerrecht. Es kann keinem Interessenten zugemutet werden, daß er sich durch die Flut steuerlicher Bestimmungen durcharbeitet. Auch hier muß der Makler als Fachmann sachdienlich eingreifen.

Über alle Bestimmungen der Bauordnung, die an allen Orten verschieden ist, muß er unterrichtet sein. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Einteilung des Baugeländes in Fabrik- und Wohnviertel, in Verkehrs- und Villenviertel ergeben, sind vom Makler zu beachten. Die Bauordnung gewinnt dadurch an Bedeutung, weil von ihr in nicht geringem Maße die Entwicklung der Bautätigkeit abhängt. In Verbindung damit steht der starke Einfluß, den die Bauordnung gleichzeitig auf die Wertgestaltung des Grundstücks erlangt.

Wie der Makler an den Vorgängen auf dem Baumarkt nicht achtlos vorübergehen darf, kann er an der Lage des Geldmarktes nicht uninteressiert bleiben. Starkes Bedürfnis nach Hypothekenkapital kennzeichnet die heutige Lage.

Wer nur mit den Wirtschaftsgesetzen und mit dem Rechtsleben bekannt ist, ist noch lange nicht ein rechter Makler. Für den Maklerberuf ist er erst dann geeignet, wenn er wirklich zum Makler geboren ist. Der Erfolg des Maklers hängt neben seinen Kenntnissen von der schöpferischen Tatkraft, der Festigkeit des Charakters, einem außerordentlichen Maß an Selbstvertrauen und an moralischer Qualität ab. Hinzu gesellen muß sich eine gute Menschenkenntnis. Er kommt mit Menschen aus den verschiedensten Berufsständen zusammen. Er muß wissen, wie er seine Kunden je nach ihrer Eigenart zu behandeln hat. Zu der Vielseitigkeit, die der Maklerberuf erfordert, gehört die Fähigkeit, den Blick seines Kunden auf günstige Grundstücksangebote, zeitweilige Finanzierungsgeschäfte zu lenken. Zweifel, die dem Kunden auftauchen und einer realen Grundlage entbehren, muß er zu zerstreuen wissen. Und letzten Endes basiert der Beruf auf einer starken Persönlichkeit, die zu überzeugen versteht und dadurch in dem Interessenten

die Entschlußkraft schafft, eine Entscheidung zum Geschäftsabschluß zu fassen.

Abgesehen von all diesen Eigenschaften muß der Makler von größter geistiger und körperlicher Beweglichkeit sein. Die Objekte sind nicht in unbegrenzter Zahl am Markt. Jedes Grundstück ist nach Lage und Beschaffenheit verschieden. Die Wünsche der Interessenten sind sehr mannigfaltig. Das Geschäft des Maklers wird nur dann Erfolg versprechen, wenn er eine umfangreiche Auswahl von Grundstücken dem Käufer anbieten kann. Dazu wird er aber nur in der Lage sein, wenn er regsam und findig Verkaufsobjekte aufspürt.

Außerordentlich viel Schwierigkeiten bereitet es dem Makler, an dem Sitz seiner Niederlassung bekannt zu werden, um sich das erforderliche Vertrauen zu verschaffen. Nur der Makler wird bestehen, der eine außergewöhnliche Betriebsamkeit entfaltet.

Es ist nach allem nicht abzuleugnen, daß die Maklerschaft im heutigen Wirtschaftsleben, insbesondere in der Immobilienwirtschaft, ein beachtenswerter Faktor ist. Der Makler ist der Regulator des Angebots und der Nachfrage.. Er kann durch sein Wirken auf die Umsatztätigkeit am Immobilienmarkt einwirken, die flüssigen Gelder erschließen oder den Strom des anlagelustigen Kapitals zurückdämmen.

An der Gestaltung des Grundbesitzes nimmt der Makler tätigen Anteil. Die Aufteilung von Grund und Boden zu Siedlungs- oder Parzellierungszwecken, wie die Zusammenfassung von Splitterland zum arrondierten Grundbesitz fallen in den Rahmen des Maklergewerbes. Der wechselseitige Austausch von Acker- und Wohngelände obliegt dem Makler.

Überall ist es die erste Aufgabe der Makler, in der großen Wirtschaftsentwicklung die richtigen Spuren aufzufinden und ihnen die Wege zu ebnen. Vom Kunden, der obenhin nur eigene Interessen verfolgt, ist eine solche weitgehende Sicht nicht zu fordern. Nur so ist es möglich, die Interessen des Kunden zu dessen größtem Nutzen in die richtigen Bahnen zu lenken.

Das allzu voreilige Urteilen der Öffentlichkeit über das Gewinnstreben des Maklers, einzig und allein, ohne Berücksichtigung anderer Interessen, seinen eigenen Vorteil zu wahren, dürfte nach alledem unbegründet sein. Durch sein Mitwirken am Immobilienmarkt erfüllt er seine volkswirtschaftliche Mission. Die Grundstückswerte zu erhalten und nach ihrer Rentabilität zu steigern, das ist die Funktion des Maklers.

II. Geschichte des Maklers.

Unsere ersten urkundlichen Belege über gewerbliche Maklertätigkeit und Maklerrecht stammen aus römischen Quellen. Aber schon vor der Weltherrschaft der Römer gab es bei den Griechen gewerbsmäßige Vermittler [1]). Silberrad weist nach, daß das Wort proxeneta aus dem Griechischen stammt [2]). Aber auch bei den Ägyptern, Phöniziern und Assyrern waren Personen tätig, die man als gewerbsmäßige Geschäftsvermittler bezeichnen kann [3]).

Zunächst finden wir bestimmte Aufzeichnungen über das Maklerrecht bei Seneca [4]) und Horaz [5]), hauptsächlich dann in den Digesten und im Codex [6]). Die Rechtsverhältnisse der Makler sind hier in einem selbständigen Abschnitt unter Bezugnahme auf die Aussprüche des Rechtsgelehrten Ulpian festgelegt.

In Rom war das Heiratsvermitteln und das Vermitteln von staatlichen Amtsstellen vornehmlich an der Ordnung.

Im übrigen haben sich die römischen Vermittler mit Vermittlung von Geschäften jeder Art wie Kauf, Tausch, Darlehen [7]) befaßt. Grundstücksvermittler hat es wahrscheinlich noch nicht gegeben, da der Grundbesitz in festen Händen weniger Adeligen war und deshalb nur ganz selten Grundstücksgeschäfte getätigt wurden.

Bis zum 11. Jahrhundert ist die Geschichte des Maklers wieder in Dunkel gehüllt. Erst durch den emporblühenden Handel des Mittelalters erwuchs das Maklerwesen aufs neue. Die italienischen Republiken Venedig, Genua, Florenz und Verona wurden der Stapelplatz Europas für den Handel mit dem Morgenland. Die Makler werden bei den Handelsgeschäften zu unentbehrlichen Mittelspersonen.

---

[1]) Vgl. Heymann, Handbuch d. ges. HR. Bd. 5, Leipzig 1926, S. 321 ff.

[2]) Vgl. Silberrad, De sensalibus vulgo Mäklern, Altorf 1711.

[3]) Vgl. Heeren in s. Buch „Ideen über die Politik, den Verkehr und den Handel der vornehmsten Völker der alten Welt"; Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 28 S. 115: „Ursprünge des Mäklerrechts". Vgl. auch Pappenheim in GoldschmZ. Bd. 29 S. 440 ff.: „Kommissäre und Dolmetscher".

[4]) Seneca, De benef. II 23, III 15, Epist. 119.

[5]) Horaz sat. II, III.

[6]) Dig. 50, 14, de proxeneticis und L. 6 C. de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticiis 5, 11.

[7]) Laband, Zeitschr. f. deutsches Recht u. Rechtswissenschaft (von Beseler, Reycher und Stobbe) 1861 Bd. 20 S. 11; Seneca, De benef. II 23, III 15, Epist. 115 L. 3 D. h. t.

Zur Wahrnehmung ihrer Interessen schließen sie sich zu zunftmäßigen Organisationen zusammen. Maklerstatuten werden schon im Jahre 1154 erwähnt. Eingehende Vorschriften über Aufnahme und Verlust der Mitgliedschaft finden wir in der Maklerordnung von Genua. Aus dem Jahre 1204 kennen wir von Genua einen ausführlichen Maklertarif. Im 13. Jahrhundert läßt sich das Institut der Makler an fast allen italienischen Handelsplätzen nachweisen. Am feinsten entwickelte es sich in Venedig. Nur durch Makler konnte ein Geschäft mit deutschen Kaufleuten getätigt werden.

Mit dem Aufblühen deutscher Städte im 12. Jahrhundert fanden die Makler hier ebenfalls auf Grund ihrer Platz- und Warenkenntnisse ein weites Betätigungsfeld. Die deutsche Hansa entstand. Nach ihrem Vorbilde der rheinische und schwäbische Städtebund.

Die Bezeichnung für den Makler war in Deutschland lange Zeit Unterkäufer oder Unterkäufel [8]). Dieses erklärt sich daraus, daß im Mittelalter das Wort Kauf das typische Geschäft des Handels bezeichnet. „Unter" bedeutet das Tätigsein „zwischen" zwei Personen. „Unterkäufer" weist also auf die Tätigkeit des Unterhändlers oder Zwischenhändlers hin. Die italienische Bezeichnung sensal [9]) hat namentlich in Süddeutschland Verbreitung gefunden. In Niedersachsen, insbesondere in Lübeck und Hamburg war seit dem 14. Jahrhundert das französische courtier [10]) gebräuchlich geworden. Abgeleitet von dieser Benennung ist die im Handel noch heute übliche Bezeichnung Courtage für Maklerlohn. Mäkler oder Makler stammt aus dem Niederländischflämischen und ist abgeleitet von dem Verbum „makelen", das soviel wie „Geschäfte machen" bedeutet. Wahrscheinlich haben es hansische Kaufleute in die Heimat gebracht. Im Laufe des 17. Jahrhunderts wurde die Bezeichnung „Makler" in Deutschland allgemein.

Wenn wir auch das Vorhandensein von Maklern in Deutschland schon frühzeitig nachweisen können [11]), so sind uns maklerrechtliche Statuten doch erst aus dem 13. Jahrhundert bekannt. Im

---

[8]) Vgl. Frensdorff, Der Makler im Gebiete der Hansa, in der Festschr. der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger 1901.

[9]) Laband, Die Lehre von den Mäklern, Zeitschr. f. Deutsches Recht, Tübingen 1861, Bd. 20 S. 18; GoldschmZ. Bd. 28 S. 115 ff.; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1886, S. 398 Anm. 21.

[10]) Vgl. GoldschmZ. Bd. 28 S. 118 ff.

[11]) so in den Kölner Schreinsbüchern des 11. Jahrh.

Stadtrechtbuch von Augsburg [12]) aus dem Jahre 1276 sind eingehende Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Makler aufgeführt. München [13]) folgte im Jahre 1347, Frankfurt 1352, Konstanz im Jahre 1385 mit dem Erlaß eigener Maklervorschriften. Mit Ausgang des 14. Jahrhunderts sind fast an allen deutschen Handelsplätzen Maklerstatuten erlassen. Die Unterkäuferverordnungen der nord- und süddeutschen Städte zeigen infolge ihres gleichen Zwecks übereinstimmende Grundsätze. Die Tatsache aber, daß die Regelung des Maklerwesens nicht einer einheitlichen Reichs- oder wenigstens Landesgesetzgebung unterlag, sondern ihre Ausgestaltung der Gesetzgebung der einzelnen Städte vorbehalten war, hat ein sehr zersplittertes und vielgestaltiges Maklerrecht aufkommen lassen. Eine wissenschaftliche Durchdringung hat es nie erfahren.

Die Makler wurden durch strenge Zunftorganisationen gebunden. Nur Personen, die in bezug auf Alter, Wohnsitz, Fachkenntnisse und Geschäftserfahrungen die geforderten Vorbedingungen erfüllten, wurden als Mitglieder aufgenommen. An vielen Orten wurde eine Gewähr für unparteiische Vermittlung gefordert.

Das kennzeichnende Merkmal des Maklers im Mittelalter war seine öffentliche Stellung [14]). Die Makler wurden vor Beginn ihrer Tätigkeit, wie Beamte [15]), von der Behörde und durch besondere Beeidigung zur gewissenhaften und treuen Ausführung ihrer Obliegenheiten bestellt.

An manchen Orten wurden Maklerabzeichen eingeführt; in Hamburg bestanden sie aus einem runden Stück Kupfer, das vorn mit dem Stadtwappen, hinten mit dem Namen des Maklers und der Jahreszahl versehen war. Diese Abzeichen mußten bei Vertragsabschluß sichtbar getragen werden.

Durch Androhung von Strafen wurden die Makler zu den von der Behörde auferlegten Pflichten angehalten. Unehrliche und unzuverlässige Makler wurden entlassen.

Zur Gewähr für ihre Tätigkeit war dem Makler der Zusammenschluß zur gemeinsamen Geschäftsführung bei Strafe unter-

---

[12]) Vgl. Mayer, Das Stadtbuch von Augsburg, Augsburg 1872, S. 69 ff.

[13]) Vgl. Auer, Das Stadtrecht von München, 1840.

[14]) Laband, Zeitschr. f. Deutsches Recht Bd. 20 S. 18; Frensdorff, Der Makler im Gebiete der Hansa S. 310.

[15]) Vgl. Bär, Urkunden und Akten zur Geschichte der Verfassung und Verwaltung der Stadt Koblenz (1898 S. 148); Schmoller, Die Straßburger Tücher- u. Weberzunft, 1879 S. 429 ff.; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I 1890 S. 250.

sagt. Auch war ihnen der Warenhandel im eigenen oder fremden Namen verboten.

Andererseits hatten die Makler, die den Maklereid geleistet hatten, erhebliche Vorrechte. Fremde wie ortsansässige Geschäftsleute wurden vom Rat für verpflichtet erklärt, nur durch beeidigte Makler ihre Geschäfte zu tätigen. Eine rein amtliche Tätigkeit nahm der Makler nach dem Münchener, Landsberger und Straßburger Stadtrecht ein. Die öffentlich bestellten Makler hatten hier das Recht, die Zwangsvollstreckung in Liegenschaften zu leiten.

Die amtlich bestellten Makler hatten Tagebücher zu führen und den Parteien Schlußnoten über die getätigten Abschlüsse zuzustellen. Ihre ordnungsmäßig geführten Aufzeichnungen hatten erhöhte Beweiskraft.

Infolge ihrer Monopolstellung wurden Makler vielfach als „kaufmännische Notare" bezeichnet [16]).

Der Maklerlohn war in der Regel durch Taxe festgelegt und mit Vertragsschluß verdient. Käufer und Verkäufer waren nach allen Maklerordnungen je zur Hälfte des Lohnes verpflichtet. Eine Überschreitung der Taxe zog Strafbarkeit nach sich.

Schwarzmakler, Pfuscher, auch Bönhasen und Beiläufer genannt, wurden von der städtischen Obrigkeit geahndet. Die geschworenen Makler waren verpflichtet, über die Tätigkeit der nicht zugelassenen Makler zu berichten. Die durch nicht autorisierte Makler abgeschlossenen Geschäfte waren nichtig. Wegen unbefugter Einmischung in die Sphären der geschworenen Makler wurden die Schwarzvermittler mit Geld-, Leibes- oder Freiheitsstrafen und Stadtverweis geahndet. Strafbar waren auch Käufer und Verkäufer, wenn sie sich mit einem Pfuschmakler eingelassen hatten. Die Vermittlungsgebühr verfiel zu wohltätigen Zwecken. Beeidigten Maklern wurde sie als Belohnung für ihre Anzeige ausgehändigt.

Die Makler des Mittelalters waren vornehmlich Warenmakler. Grundstücksmakler hat es nur vereinzelt gegeben. Die ländlichen Besitzungen standen im Eigentum des Königs, der Landesherren oder der Kirche. Der bäuerliche Grundbesitz vererbte sich vom Vater auf den Sohn. Familienbesitzungen, die die Regel bildeten, konnten nur im Einvernehmen aller volljährigen Familienmitglieder an Dritte veräußert werden. Das freie Veräußerungsrecht war deshalb arg beschnitten. In den Städten war Grund und Boden frei veräußerlich. Aber Ortsfremde konnten in der Regel keinen Grundbesitz erwerben. Der königliche Kaufmann wie der ehrsame

---

[16]) Vgl. Grünhut in Endemanns Handb. d. HR. Bd. 3 § 308 S. 135.

Handwerker werden auch nur in Zeiten wirtschaftlicher Not ihre Handelshäuser veräußert haben. Die Zahl der Grundstücksmakler war deshalb gering. Erwähnung finden sie in der Maklerordnung von Konstanz aus dem Jahre 1460 als Unterkäufer für Häuser. Nach der Maklerordnung des Rates von Schlettstadt aus dem Jahre 1527 wird den Unterkäufern von „husern" eidlich aufgegeben: vierteljährliche Ablieferung von Steuergeldern, die durch die von ihnen vermittelten Verträge fällig geworden sind, und von ihnen einzutreiben waren. Die Husermakler in Frankfurt a. M. hatten nach der Verordnung von 1685 eine Gebühr von $^1/_2$% des Kaufpreises zu fordern. Einen eigenen, wenn auch nicht sehr langen Abschnitt regeln die Rechtsverhältnisse der Makler bei Verkaufnis von liegenden Gütern in der Hamburgischen Verordnung. Unter den 108 Maklern verschiedener Nationen sind auch drei Makler in „Häuser und Ländereien" aufgeführt.

Mit fortschreitender Entwicklung der Wirtschaft trat eine Änderung der Stellung des Maklers ein. Unter dem Einfluß der Ideen der Gewerbefreiheit wurden die beeidigten Makler beseitigt. Das Institut der Privatmakler bildete sich; unter ihnen wurde der bedeutendste Zweig der Stand der Immobilienmakler. Die gesetzliche Neuregelung fand ihren Niederschlag im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 652 ff.) und im Handelsgesetzbuch (§§ 93 ff.). Daneben enthalten die Bestimmungen der Gewerbeordnung in den §§ 1, 34 und 35 öffentlich-rechtliche, vornehmlich polizeiliche Vorschriften, die auf den bürgerlich-rechtlichen Maklervertrag keinen Einfluß haben.

III. Begriff, Rechtsnatur und Abgrenzung des Maklervertrages.

1. Begriff.

Gewerbsmäßige Hypotheken- und Grundstücksmakler haben nicht die rechtliche Stellung von Handelsmaklern im Sinne des § 93 des Handelsgesetzbuches, vielmehr beurteilen sich deren Rechte und Pflichten nach den §§ 652—654 BGB.[1]). § 93 Abs. 1

[1]) Bahnbrechend für die Regelung des Maklervertragsrechts war das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Jan. 1863, das dem Maklervertrag einen besonderen Abschnitt widmete. Zunächst hatte der erste Gesetzentwurf (vgl. Motive Bd. 10 II S. 510; Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I, II, Amtl. Aus-

HGB. bestimmt nämlich: Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmaklers. In Abs. 2 heißt es aber: Auf die Vermittlung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittlung von Geschäften über bewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittlung durch einen Handelsmakler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnittes keine Anwendung. Daraus folgt, daß die Rechtsverhältnisse der Hypotheken- und Grundstücksmakler der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches unterliegen. Deshalb ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Umfang ihres Gewerbes ihnen die Eigenschaft eines Kaufmannes verleiht, und ihr Betrieb den Charakter eines Handelsgeschäftes im Sinne des Handelsgesetzbuches hat.

---

gabe, 2. Aufl. 1896, und Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches) nur einen einzigen Paragraphen über den Maklervertrag aufgenommen (den jetzigen § 652 BGB.). Der umgearbeitete zweite Entwurf brachte es beim Maklervertrag auf zwei Paragraphen (die jetzigen §§ 652 und 653 BGB.; im einzelnen muß hier auf die Protokolle der 2. Kommission verwiesen werden, vgl. Bd. II S. 345, 346 unter Ziff. 129 I). Die Reichstagskommission (vgl. im einzelnen die Reichstagskommissionsberichte Bd. I S. 93/95, sowie die Reichstagssitzungsprot. S. 2785, 2786, 3060) zur Durchberatung und Begutachtung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches fügte der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches einen weiteren Gesetzesparagraphen (§ 654 BGB.) bei. Die zwei weiteren von der Reichstagskommission auch noch aufgenommenen Vorschriften über das Maklervertragsrecht interessieren in diesem Zusammenhang nicht; diese beiden zuletzt erwähnten Gesetzesbestimmungen betreffen zwei Sonderfälle aus dem Maklerrecht. § 655 regelt die zulässige Höhe der Maklergebühr bei Vermittlung eines Dienstvertrages und § 656 bezieht sich auf die Ehevermittlungen. Drei Gesetzesparagraphen, die zudem bewußt in erster Linie nicht den rechtsuchenden Makler, sondern die Bevölkerung gegen die bösen Makler sichern wollen, enthalten also derzeit die zivilrechtlichen Gesetzesbestimmungen über das Maklervertragsrecht. Dieser Vertragszustand bei einem solch wichtigen Rechtsgebiet, wie es das Maklerrecht ist, hat sich im Laufe der Jahre mit immer größerer Deutlichkeit als ungenügend erwiesen und bedarf einer Neuregelung.

Die Bestimmungen bieten dem Makler ungenügenden Schutz, so daß er seine Rechte auf Grund eines vom Auftraggeber unterzeichneten Verpflichtungsscheines wahren muß. Eine Entscheidung in Maklerstreitigkeiten läßt sich nach Ordnung des geltenden Rechts nur unter Bezugnahme auf handelsrechtliche Übung, Ortsgebrauch und Gewohnheitsrecht und durch Anwendung von Rechtssätzen aus ähnlichen Rechtsverhältnissen treffen.

Die grundlegende Bestimmung des Maklervertragsrechts ist in § 652 BGB. verankert:

> Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung eines Vertrages einen Maklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustandekommt. Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Maklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt.
>
> Aufwendungen sind dem Makler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt.

Zur Maklertätigkeit gehört demnach eine Bemühung um das Zustandekommen des Vertrages (Grundstücksveräußerungs-, Grundstücksbelastungsvertrages). Diese Bemühung des Maklers beruht entweder auf dem Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsabschluß oder auf der Vermittlung des Vertrages. Sie kann sich auch auf beides beziehen. Die Entscheidung darüber ist Tatsachen- und nicht Rechtsfrage.

2. Rechtsnatur.

Streitig ist, ob der Maklervertrag seiner rechtlichen Natur nach ein einseitiger oder ein gegenseitiger Vertrag ist. Diese Frage wird von der herrschenden Meinung zugunsten des zweiseitigen Vertrages entschieden.

Nach einigen Schriftstellern ist der Maklervertrag ein bedingungsweises Lohnversprechen seitens des Auftraggebers. Bedingung ist die erfolgreiche Ausübung der Vermittlertätigkeit und der nachfolgende Abschluß des durch den Makler vorbereiteten Vertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Gegenkontrahenten [1]). Bei diesem einseitigen oder reinen Maklervertrage ist der Makler zu einer Leistung nicht verpflichtet. Wird er tätig, so leistet er nur conditionis implendae causa [2]). Die Leistung des Maklers ist nicht in obligatione, sondern in conditione [3]).

---

[1]) Burghard, Verhandl. des 24. Deutschen Juristentages 1897 Bd. 2 S. 235; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 Aufl. 8, 1903.

[2]) Reuling, Die Provisionsansprüche der Grundstücksmäkler, in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 209; Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903, S. 18.

[3]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, S. 709.

Die Theorie des bedingten Zahlungsversprechens wird den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Sie berücksichtigt nicht gebührend die aus dem Maklervertrag entspringende Pflicht zur Geheimhaltung der ihm anvertrauten Tatsachen. Die Ablehnung jeglicher Vertragspflicht des Maklers gibt dem Auftraggeber lediglich Ansprüche nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, die eine Gewähr für einen genügenden Schutz nicht bieten.

Insbesondere berufen sich die Vertreter dieser Theorie auf den Wortlaut des Gesetzes. Dieser enthalte nur eine Verpflichtung des Auftraggebers, während es bei gegenseitigen Verträgen die Regel sei, die Verpflichtung beider Teile auszusprechen. Dem steht aber die Fassung des § 654 BGB. gegenüber, der als Voraussetzung für den Makler das Bestehen einer Vertragspflicht hat.

Die andere Gruppe erblickt im Maklervertrag einen zweiseitigen Vertrag. Diese Gruppe hat zwei Ansichten.

Nach der ersten [4]) verpflichtet sich der Makler dem Auftraggeber gegenüber zum Tätigwerden (Vermittlung eines Vertrages oder Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines solchen), um den gewünschten Erfolg herbeizuführen. Nach Dernburg [5]) steht in Konsequenz seiner Auffassung der Klage des Maklers auf den Maklerlohn eine Vertragsklage zum Tätigwerden gegenüber, d. h. der Maklervertrag ist zweiseitig verpflichtend. Daneben besteht für den Makler die Pflicht zur Sorgfalt und Treue.

Oertmann [6]) versteht in seiner 3. und 4. Auflage unter Maklerlohn das Entgelt für die Maklertätigkeit. Die Ausdrucksweise des § 653 BGB. „Vergütung" für Maklerlohn sei im Sinne einer Gegenleistung aufzufassen.

Die Vertreter dieser Ansicht folgern weiterhin aus dem Wortlaut des § 653: „die dem Makler übertragene Leistung", eine Tätigkeitspflicht. Leistung bedeutet eine in obligatione stehende Schuld des Maklers an den Gläubiger. In Verbindung mit dem Worte Worte „übertragen" ist nach erfolgter Übertragung eine solche Leistung lediglich als übernommene Leistung, d. h. als eine dem Makler vertraglich obliegende Leistung anzusehen.

Der Auftraggeber verspricht den Lohn „für den Nachweis" oder für die „Vermittlung". Aus dieser Fassung, die nicht nur „für

---

[4]) Dernburg, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts § 338 II; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 415—418; Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902, S. 283 ff.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 484; vgl. auch Cohen, Die juristische Natur des Maklervertrages, in Monatsschrift für Handelsrecht u. Bankwesen Jahrg. 1906 S. 249.

[6]) Vorbem. 3 zu § 652.

den Fall des Nachweises", bezugsweise „für den Fall der Vermittlung" eine Zahlungspflicht statuiert, will Lotmar [7]) eine besondere Tätigkeitspflicht herleiten. Als Argument beruft er sich auf die Ausdrucksweise des § 615 BGB., der seines Erachtens der Fassung des § 652 BGB. entspricht.

Die Vertreter der Tätigkeitspflicht geben zu, daß diese Pflicht vertraglich ausgeschaltet werden kann und erkennen an, daß diese Pflicht nicht erzwingbar sei.

Meines Erachtens ist mit den Vertretern der zweiten Ansicht, die lediglich eine Sorgfalts-, Treu- und Verschwiegenheitspflicht anerkennen, jegliche Verpflichtung des Maklers, für den Auftraggeber tätig zu werden, abzulehnen.

Ein Vergleich des § 652 BGB. mit den Bestimmungen des § 611 und § 632 BGB. ergibt, daß eine Tätigkeitspflicht in § 652 nicht erwähnt ist, während sie sowohl in § 611 wie in § 632 ausdrücklich festgelegt ist.

Nach Planck ist das Vertragsverhältnis auf einen ökonomischen Erfolg gerichtet. Der Vertrag soll auf einen Nutzen für beide Teile abzielen. Insoweit steht der Maklervertrag dem gegenseitigen Vertrage nahe, ohne daß er sich mit diesem deckt. Der Vertragsabschluß führt für den Makler nur die Möglichkeit herbei, durch seine Tätigkeit den Vertragsabschluß zustande zu bringen und somit den versprochenen Lohn zu verdienen [8]). Eine Pflicht zur positiven Tätigkeit oder gar zur Herbeiführung des Erfolges besteht ebensowenig wie für den Auftraggeber die Lohnzahlungspflicht schlechthin. Diese ist bedingt durch die Herbeiführung des Erfolgs. Von der wirtschaftlichen Seite aus betrachtet ist es gerecht und billig, der freien Stellung des Auftraggebers entsprechend ebenfalls eine solche dem Makler einzuräumen. Es würde dem Gerechtigkeitssinne widersprechen, wenn der Auftraggeber den Makler zur Vornahme der Tätigkeit zwingen kann, während es ganz in seinem Belieben steht, ob er den durch den Makler vorbereiteten Vertrag abschließen will oder nicht.

Auch das Reichsgericht [9]) hält grundsätzlich an der Zweiseitigkeit des Maklervertrages fest.

Dieser zweiten Ansicht ist auch deshalb der Vorzug zu geben, weil sie meines Erachtens in § 654 BGB. festgelegt ist. Die Aus-

---

[7]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1903, S. 284.
[8]) So auch GruchotsBeitr. Bd. 65 S. 119.
[9]) Gruchot Bd. 56 S. 119.

drucksweise dieses Paragraphen „dem Inhalt des Vertrages zuwider" setzt lediglich Pflichten voraus, die den Makler zur sorgfältigen und gewissenhaften Bearbeitung des Auftrags anhalten. Eine weitergehende Interpretation nach einer erzwingbaren Tätigkeitspflicht ist mit der Gesetzesfassung nicht in Einklang zu bringen.

Nach der vertretenen Ansicht läßt sich nicht leugnen, daß der Maklervertrag niemals zu den vollkommen zweiseitigen, sogenannten gegenseitigen Verträgen (contractus bilaterales aequales) gehören kann, sondern nur zu den unvollkommen zweiseitigen Verträgen (contractus bilaterales inaequales) zu rechnen ist. Das enge Band der beiderseitigen Verpflichtungen, das Leistung und Gegenleistung umschlingt, tritt nicht in Erscheinung. Beide Parteien verpflichten sich nicht zu wechselseitigen gleichwertigen Leistungen. Die Leistung der einen Partei ist nicht Zweck und Ziel der Leistung der Gegenpartei. Begrifflich bildet der Maklerlohn zwar das Äquivalent für die Maklertätigkeit. Es fehlt aber an dem Verpflichtungsprinzip [10]). Beide Teile behalten sich vollkommene Freiheit vor. Der durch den Vertragsschluß bedingten Leistungspflicht des Auftraggebers werden häufig Pflichten des Maklers entgegenstehen. Es vernotwendigt sich aber nicht, daß solche bestehen müssen.

Vereinzelt ist in der Literatur die Auffassung vertreten, daß die Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden nicht schlechthin bejaht oder verneint werden kann, sondern jeweils aus dem Vertrage, der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen ist, entnommen werden muß [11]).

Der Maklervertrag wird von den Vertretern dieser Ansicht als einseitiger oder gegenseitiger Vertrag bezeichnet, durch den sich der Auftraggeber verpflichtet, dem Makler für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittlung des Vertrages einen Lohn zu zahlen. Sie unterscheiden deshalb zwischen:

1. dem einseitigen (oder reinen) Maklervertrag, wonach für den Makler eine Pflicht zum Tätigwerden nicht besteht; seine Leistung ist nur eine Bedingung seines Rechtes auf den Maklerlohn,
2. dem gegenseitigen Maklervertrag, bei dem der Makler eine Verpflichtung zum Tätigwerden übernimmt, die auf den

[10]) Woltersdorff a. a. O. S. 14.

[11]) Vgl. Enneccerus, Lehrb. des Bürgerl. Rechts 25./29. Aufl. 1926 S. 445.

Nachweis einer Vertragsgelegenheit oder auf die Vermittlung eines Vertrages gerichtet ist,

3. dem gegenseitigen Maklervertrag, durch den der Makler den Erfolg selbst verspricht. Dieser Vertrag kommt selten vor.

Die Vertreter dieser Ansicht stellen es jeweils auf den Einzelfall ab. Diese Ansicht dürfte deshalb zu berücksichtigen sein, weil bei Entscheidung der Frage, ob weitergehende Pflichten, als es der Sinn und Zweck des Vertrages erkennen läßt, zum Nachteil der Makler nicht angenommen werden können.

Im wesentlichen halten diese Schriftsteller an der Zweiseitigkeit des Maklervertrages fest, wenn sie auch aus Billigkeitsgründen im konkreten Falle die Möglichkeit eines einseitigen Vertrages anerkennen.

Der Maklervertrag ist ein Vertrag eigener Art. In der Ungebundenheit beider Teile liegt das Charakteristische des Maklervertrages, der sich dadurch von allen anderen Verträgen unterscheidet. Dieser Eigenschaft hat der Gesetzgeber m. E. dadurch Rechnung getragen, daß er den Maklervertrag in einem besonderen Titel hinter den Bestimmungen über den Dienst- und Werkvertrag regelte. Gleichwohl hat man versucht, den Maklervertrag als eine Abart des Dienst- oder Werkvertrages anzusprechen, der je nach Lage des Falles bald dieser, bald jener Kategorie zuzurechnen ist.

3. Abgrenzung vom Werkvertrag.

Der Maklervertrag steht begrifflich unter den verschiedenen Vertragsverhältnissen dem Werkvertrag am nächsten.

Beide Verträge gehen auf Herstellung eines gewissen Arbeitserfolges, denn der Makler hat nur seinen Lohnanspruch, wenn er durch seine Tätigkeit den Vertragsabschluß herbeiführt.

Insoweit als beide Verträge einen bestimmten Erfolg voraussetzen, nähert sich der Maklervertrag dem Werkvertrag. Das Kriterium liegt aber darin, daß der Maklervertrag für den Makler eine Verpflichtung zur Herbeiführung des Erfolges nicht erzeugt, während beim Werkvertrag das Arbeitsprodukt selbst Gegenstand der Verpflichtung des Unternehmers ist.

Ein weiter unterscheidendes Merkmal beider Verträge liegt darin, daß der Erfolg, das Zustandekommen des Vertrages, von der reinen Willkür des Auftraggebers abhängt, in dessen freiem Belieben es steht, den Vertrag abzuschließen oder nicht. Beim Werk-

vertrag hängt der Erfolg lediglich von der Tätigkeit des Unternehmers ab.

Mit dem Wesen des Maklervertrages ist es aber durchaus zu vereinbaren [12]), daß der Makler für das Zustandekommen des Projektes garantiert. Durch die Aufnahme einer solchen Bestimmung verliert der Vertrag nicht sein Gepräge als Maklervertrag [13]), nur nähert er sich dem Werkvertrag [14]). Die Ansicht [15]) [16]), daß der Maklervertrag zum Werkvertrag werde, ist irrig, da für den Auftraggeber eine Verpflichtung zum Abschluß des vorbereiteten Vertrages nicht besteht.

4. Abgrenzung vom Dienstvertrag.

Unterschiede zwischen dem Maklervertrage und dem Dienstvertrage ergeben sich zunächst aus der Tatsache, daß der Dienstpflichtige ohne Rücksicht auf den Erfolg seiner Arbeitstätigkeit, sondern schlechthin für die geleisteten Dienste entlohnt wird. Der Makler trägt selber das Risiko, er ist Unternehmer des Zustandebringens des Vertrages. Der Makler hat selbst dann nicht einen Anspruch gegen den Auftraggeber, wenn er seine Tätigkeit ordnungsmäßig ausführt, der Auftraggeber aber den angebahnten Vertrag nicht abschließen will. Erst wenn der Vertrag zustandegekommen ist, also nur für den Fall der Leistung eines Arbeitsproduktes, wird ihm der Lohn gewährt.

Weiterhin gehört zum Wesen des Dienstvertrages, daß der Dienstnehmer zur Leistung von Diensten verpflichtet wird. Beim Maklervertrag ist der Makler zur Dienstleistung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet.

Diejenige Richtung zwar, die eine Tätigkeitspflicht des Maklers statuiert, kann den Maklervertrag als eine Abart des Dienstvertrages ansprechen.

---

[12]) Motive.

[13]) Staub Anm. 2 Exk. vor § 93; Planck Vorbem. II vor § 652; Komm. zum BGB. 3. Aufl. 1907; Cosack, Das Handelsrecht 7. Aufl. 1910; Düringer-Hachenburg; ähnlich Dörr, Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Recht, in SeuffBl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 621 Anm.; Goldmann, Das HGB. Bd. 1, 1901.

[14]) Düringer-Hachenburg Anm. 11 vor § 93; Komm. z. HGB. 2. Aufl. 1908; Staub Anm. 2 Exk. vor § 93.

[15]) GruchotsBeitr. Bd. 37 S. 148.

[16]) Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. 1907 Vorm. IV, 1 vor § 652, ebenso Dörr S. 622.

Nach der von uns vertretenen Ansicht widerspricht es nicht dem Wesen des Maklervertrages, wenn eine Pflicht zum Tätigwerden [17]) übernommen wird. Der Maklervertrag nähert sich dann dem Dienstvertrag. In diesem Fall muß eine analoge Anwendung der Grundsätze des Dienstvertrages auf den Maklervertrag für unbedenklich erachtet werden. Die Übernahme der Entfaltung einer Tätigkeit muß ausdrücklich erklärt werden. Sie kann sich jedoch aus den Umständen ergeben und wird beim Handelsmakler die Regel sein [18]).

5. Abgrenzung von der Auslobung.

Der Unterschied zwischen dem Maklervertrag und der Auslobung ist in der Hauptsache darin zu finden, daß letztere unbestritten als einseitiges Lohnversprechen des Auslobenden anzusehen ist, während beim Maklervertrag die herrschende Meinung sich für die Zweiseitigkeitsnatur des Vertrages entschieden hat.

6. Abgrenzung vom Auftrag.

Auch die Ansprechung des Maklervertrages als Auftrag gemäß §§ 662 ff. BGB. kann nicht als zutreffend angesehen werden. Der Auftrag ist unentgeltlich, während dem Maklervertrag eine Vergütung eigen ist. Eine innere Unterscheidung: der Mandatar handelt, aus der Unentgeltlichkeit folgernd, lediglich im Interesse seines Auftraggebers, infolge des Lohnverdienstes beim Maklervertrage handelt der Makler auch im eigenen Interesse.

IV. Rechte und Pflichten des Maklers.

1. Pflichten des Maklers.

a) Pflicht zum Tätigwerden.

Der Maklervertrag löst sowohl für den Auftraggeber, als auch für den Makler Rechte und Pflichten aus.

Der Auftraggeber hat den Lohn zu entrichten, wenn der Vertrag durch die Vermittlung des Maklers zustandekommt.

---

[17]) Vgl. auch JW. 15 S. 1351.

[18]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. 2. Aufl. 1908 Anm. 10 S. 527.

Die Treu-, Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht des Maklers hat das Bürgerliche Gesetzbuch im einzelnen nicht aufgezählt. Diese Pflichten ergeben sich aber aus der Natur des Vertragsverhältnisses.

Grundsätzlich ist dabei zu berücksichtigen, daß dem Makler eine Pflicht zum Tätigwerden für das Zustandekommen des Vertrages aus den bereits entwickelten Gründen nicht obliegt [1]). Die Übernahme einer solchen steht dem Grundcharakter des Vertrages als eines Maklervertrages nicht entgegnen. Gegebenenfalls ist die Leistung aber durch Klage nicht erzwingbar. Die Tätigkeit des Maklers ist völlig unbestimmt und unbestimmbar [2]). Welche Handlungen im Einzelfall vorzunehmen sind, muß dem freien Ermessen des Maklers überlassen bleiben. Die Wahl seiner Maßnahmen richtet sich nach der Einstellung der Vertragsparteien und der Art des zu vermittelnden Geschäfts. Die Maßnahmen sind je nach Stand der Verhandlungen verschieden. Aus dem Gesichtspunkt, daß der Makler irgendwelche Tätigkeit entfaltet oder plant, würde jeder Zwang ohne Bedeutung sein [3]).

Die Vertragsklage scheitert aber insbesondere an gesetzlichen Vorschriften. Gemäß § 253 Abs. 2 ZPO. ist ein bestimmter Klageantrag erforderlich. Die Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Maklertätigkeit läßt aber eine präzise Formulierung des Antrags nicht zu. Einem dennoch erstrittenen Urteil zur Vornahme der Maklertätigkeit steht weiterhin die Schwierigkeit entgegen, daß es nicht zur Durchführung zu bringen ist. Die Tätigkeit des Maklers ist keine vertretbare Leistung im Sinne des § 887 ZPO.; sie ist eine überwiegend geistige, und deshalb eine Zwangsvollstreckung zur Vornahme der Tätigkeit nicht möglich. Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO. ist gleichfalls ausgeschlossen, da die Tätigkeit des Maklers nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, sondern vielmehr bestimmt wird durch Handlungen eines Dritten [4]). Dem Auftraggeber bleibt allerdings noch die Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung nach § 893 Abs. 2 ZPO. und § 283 BGB. Aber auch diese wird an der Schwierigkeit scheitern, daß der Auftraggeber infolge des oben erwähnten Grundes nicht in der Lage sein wird, den Schaden zu substantiieren. In vielen Fällen wird dagegen eine

---

[1]) A. A. Dernburg, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts § 338 II; Staudinger, Komm. z. BGB. 7./8. Aufl. 1912 Vorbem. 6 zu § 652; Lotmar S. 283; Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 470; vgl. auch Oertmann a. a. O.

[2]) Riesenfeld, Der Zivilmäkler, in GruchBeitr. Bd. 37 S. 276.

[3]) Crome, System des Bürgerl. Rechts, 1902, S. 709.

[4]) Vgl. Riesenfeld a. a. O. S. 275.

Schadensersatzpflicht wegen Unterlassung nach § 283 BGB. begründet sein können [5]).

Entfaltet indessen der Makler eine Tätigkeit, so hat er dabei die Interessen seines Auftraggebers wahrzunehmen, im übrigen ist die Tätigkeit ganz dem Ermessen, den Fähigkeiten und der geschäftlichen Erfahrung des Maklers zu überlassen. Dadurch, daß die Maklergebühr nicht früher gefordert werden kann, als bis das zu vermittelnde Geschäft zustande gekommen ist, ist der Makler pekuniär an dem Geschäft interessiert. Diese Lohnvereinbarung bedeutet eine Art Zwang für ihn, nach allen Kräften tätig zu sein und nichts zu versäumen, um das Geschäft zum Abschluß zu bringen. Hierdurch ist dem Auftraggeber gegen den Makler ein wirksameres Zwangsmittel gegeben als die kaum mit Erfolg durchführbare Klage.

b) Sorgfaltspflicht.

Den Makler treffen für den Fall, daß er tätig wird, Pflichten, für deren Beobachtung er vertragsmäßig haftet. Hierher gehört zunächst die Sorgfaltspflicht. Seine Leistungen sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen Maklers auszuüben. Der Umfang dieser Pflicht muß der individuellen Gestaltung des einzelnen Falles überlassen bleiben [6]).

Die Sorgfaltspflicht verlangt insbesondere, daß der Makler persönliche Eindrücke, Auskünfte über die Verhältnisse des Gegenkontrahenten, Mängel der Sache [7]) nicht unbeachtet läßt. Gegebenenfalls hat er Nachfragen zu stellen und den Vertragsgegenstand zu besichtigen. Eine besondere Erkundigungspflicht ist in der Regel zu verneinen. Nur die bekannten Umstände sind in der

---

[5]) Siehe Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des RG. Bd. 2, 1890, S. 84.

[6]) So hat das Landgericht I Berlin (20 S. 116/30 zu 17) eine Verletzung der Sorgfaltspflicht darin gesehen, daß der Makler, der mit der Vermietung eines Ladens beauftragt war, die Schaufensterscheiben durch Ankleben von Vermietungsplakaten ruiniert hat. „Zu den Pflichten eines Maklers, der die Vermittlung einer Ladenvermietung übernommen habe, gehöre auch das sorgfältige Anbringen von Plakaten. Die Beklagte, der die Schädlichkeit des Wasserklebestoffes hätte bekannt sein müssen, hätte dafür Sorge tragen müssen, daß ein derartiger Klebestoff nicht verwandt würde."

[7]) Schwammverdacht des Grundstücks, vgl. auch JW. 1910 S. 284; Warneyer, Jahrb. der Entsch. a. d. Gebiete d. Zivil-, Handels- u. Prozeßrechts Erg. 1910 S. 149.

Regel anzugeben, z. B. drohende Insolvenzen [8]). Je nach Lage des Einzelfalles kann den Makler eine Pflicht zur Erkundigung über Verhältnisse des Vertragsgegners oder Eigenschaften des Vertragsobjektes treffen [9]). Sehr bestritten ist die Frage, ob der Makler Erkundigungen über die Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners anstellen darf. M. E. gehört diese Erkundigungspflicht nicht zum ordnungsmäßigen Pflichtenkreis des Maklers [10]). Dem Makler obliegt es nicht, Nachforschungen über die finanzielle Lage des Vertragsgegners anzustellen. Durch die Annahme einer solchen Pflicht würde dem Makler zugemutet werden, daß er an Stelle der Partei Erkundigungen einzieht, die diese selbst zu erheben in der Lage ist [11]). Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß sich aus den Umständen des Einzelfalles eine Erkundigungspflicht des Maklers ergeben kann.

Offerten und sonstige Erklärungen hat der Makler richtig und vollständig zu übermitteln [12]).

Der Auftraggeber kann erwarten, daß der Makler ihn über das Ergebnis seiner Tätigkeit auf dem laufenden hält [13]), ihm rechtzeitig Hindernisse, die dem Vertrage entgegenstehen, mitteilt. Auch muß der Makler ihn über Konjunkturschwankungen in Kenntnis setzen.

Der Makler ist verpflichtet, den Anweisungen des Auftraggebers Folge zu leisten. Von den Weisungen darf der Makler m. E. dann abweichen, wenn anzunehmen ist, daß der Auftraggeber die Abweichung billigen würde. Auf diesen Fall sind die Grundsätze über den Auftrag entsprechend anzuwenden.

Der Makler muß bemüht sein, die Interessen des Auftraggebers möglichst vorteilhaft wahrzunehmen. Die beste Vertragsbedingung muß er deshalb für den Auftraggeber erstreben [14]).

c) Treupflicht.

Die Treupflicht erfordert vom Makler Wahrheit und Offenheit. Eine Pflichtverletzung ist darin zu sehen, daß er unterläßt,

---

[8]) Vgl. Reuling, Der Provisionsanspruch des Grundstücksmaklers, in GruchBeitr. Bd. 40 S. 193 ff.

[9]) Vgl. Neumann, Jahrb. des Deutschen Rechts Bd. 10 S. 224.

[10]) So auch OLG. 34, 53. — A. A. Reichel a. a. O. S. 23 und RG. in DJZ. 97 Sp. 365.

[11]) OLG. 2, 119.

[12]) Vgl. ROHG. Bd. 4 S. 412—416.

[13]) Vgl. OLG. Naumburg, Urt. vom 27. 6. 1928 (6 M. 60/80).

[14]) Leipz. Zeitschr. 18 S. 631.

dem Auftraggeber wahrheitsgemäßen Aufschluß über Tatsachen zu geben, die für den Abschluß des Geschäftes wesentlich sind [15]) [16]). Für den Fall, daß der Auftraggeber offenbar den wahrheitswidrigen Angaben des Maklers keine Bedeutung beimißt, übt dieser Umstand auf das Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber keinen Einfluß aus. Der Makler schildert den Käufer als einen vermögenden Mann, während der Auftraggeber der angeblichen Zahlungsfähigkeit des Käufers keine Bedeutung beilegt, vielmehr den Vertrag in dem Bewußtsein abschließt, daß der Käufer ohne entsprechendes Vermögen ist. Der Makler verwirkt in diesem Fall seinen Lohnanspruch nicht.

Der Makler darf dem Auftraggeber keine Tatsachen verschweigen, die ihn bei Kenntnis der Sachlage vom Vertragsschluß abgehalten haben würden.

Veranlaßt der Makler den Gegenkontrahenten zu unrichtigen Angaben über wesentliche Punkte der Vertragsbedingungen [17]), so verletzt der Makler ebenfalls seine Treupflicht.

Der Makler hat dem Auftraggeber den wirklichen Interessenten mitzuteilen. Dies ist insbesondere dann von Belang, wenn eine Behörde oder Anstalt als Käufer auftritt. Erfahrungsgemäß zahlt die Kommune höhere Preise im Grundstückshandel als der Privatmann. Bestimmt der Makler seinen Auftraggeber, im Preis nachzulassen, dadurch, daß er eine Privatperson als Kaufliebhaber bezeichnet, lediglich in dem Bewußtsein, daß der Auftraggeber einer Kommune einen Preisnachlaß nicht gewährt haben würde, so verletzt er durch dieses Verhalten in besonders hohem Maße die ihm obliegende Treupflicht.

Eine Verletzung der Treupflicht ist auch darin zu sehen, daß der Makler bewußt einen Vertrag zustande bringt, der gegen eine sittliche Pflicht oder das öffentliche Interesse verstößt. Eine Verletzung liegt auch dann vor, wenn der Makler Mittel benutzt, die auf einer Irrtumserregung, Täuschung, Drohung oder Erpressung beruhen.

Der Makler hat sich jeder Tätigkeit zu enthalten, die nach Treu und Glauben die Interessen seines Auftraggebers gefährdet [18]). Er

[15]) Vgl. Urt. d. RG. vom 18. 1. 1927 in Rechtspr., Beil. z. JurRundschau 1927 S. 392.

[16]) RG. in SeuffArch. 56 Nr. 73.

[17]) z. B. Unkündbarkeit einer Hypothek oder lastenfreies Grundstück, vgl. auch Recht (Rundschau f. d. Deutsch. Juristenstand, hrsg. von Soergel) 11 Nr. 3489.

[18]) Vgl. Kammergericht Entsch. vom 11. 10. 1930 (24 M 7923, 30) und Urt. vom 14. 3. 1928 (24 M 14 389/27).

muß vielmehr darauf bedacht sein, die Interessen des Auftraggebers so zu fördern, daß der Vertrag für diesen unter den günstigsten Bedingungen zustande kommt. Eine Pflichtverletzung liegt insbesondere dann vor, wenn er dem Abschluß des Vertrages entgegenwirkt. Durch die unwahre Angabe gegenüber dem Käufer, der Auftraggeber habe bereits mit einem anderen Interessenten abgeschlossen, oder durch Verheimlichen der Offerten gegenüber dem Auftraggeber. Dahin gehört auch der Fall, daß der Makler Interessenten gegenüber das Grundstück schlecht macht, oder der Fall, daß die Maklerfirma interessiert ist, den Preis höher zu treiben, indem sie ihrem Auftraggeber bewußt wahrheitswidrig falsche Angaben über nicht bestehende Gebote macht, lediglich zum Zwecke, ihn zur Abgabe eines weiteren Gebots zu bestimmen, um dadurch eine höhere Provision zu erwirken [19]).

Ein vertragswidriges Entgegenwirken ist aber nicht darin zu finden [20]), daß der Makler den Interessenten noch andere Objekte anstellt. Das Reichsgericht [21]) setzt jedoch voraus, daß der Makler bei Benennung des anderen Verkaufsobjektes nicht vom Kauf des ersteren abrät, oder sonst dahin wirkt, daß der Käufer aufhört, ein Kauflustiger zu sein.

Vertragswidrig handelt der Makler auch dann, wenn er selbst das Grundstück kauft oder durch einen Dritten kaufen läßt. Als Makler hat er das Interesse seines Auftraggebers wahrzunehmen. Wenn er den Verkauf vermitteln soll, muß er also vor allem darauf bedacht sein, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Tritt er aber selber als Käufer auf, so erfordert es sein eigenes Interesse, den Preis soviel als möglich herabzudrücken. Er wird also in seinem Interesse das seines Auftraggebers schädigen. Ein Makler, der in dieser Weise seinen Pflichten zuwiderhandelt, geht seiner Rechte aus dem Maklervertrage verlustig [22]).

Der Makler muß auch nach Zustandekommen des Vertrages sich jeder Tätigkeit enthalten, die den Vertragszweck gefährdet oder sogar vereitelt. In den Rahmen der vertragsmäßigen Leistung fällt auch ein dem Vertrag entsprechend späteres Verhalten [23]).

Abgesehen von den erwähnten Pflichten gibt es noch eine Möglichkeit der Pflichtverletzung des Maklers. Diese besteht darin,

---

[19]) Vgl. RG. Urteil vom 5. 12. 1930 (II, 80/30).
[20]) OLG. 12, 85; Recht 10 Nr. 1059.
[21]) RG. vom 12. 2. 1900, SeuffArch. 56 S. 24.
[22]) Vgl. auch OLG. 22, 322.
[23]) Recht 9 Nr. 1929; Staub Anm. 35 vor § 93; OLG. 6, 87.

daß er widerstreitende Interessen vertreten hat. Dieses führt zu der Würdigung des § 654 BGB.

§ 654 des Bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „Der Anspruch auf den Maklerlohn und der Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalt des Vertrages zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist."

Nach herrschender Lehre [24]) ist das Tätigwerden des Grundstücksmaklers für beide Teile die Regel. Aber auch in den anderen Zweigen des Maklergewerbes wird der Makler für beide Teile tätig. Die Bestimmung bedeutet deshalb in der Regel eine Verkennung der Maklertätigkeit.

Der Verkäufer will den Vertragsabschluß hinsichtlich des Kaufpreises günstig gestalten. Umgekehrt sucht der Käufer einen möglichst niedrigen Preis zu erzielen. Hier hat nun der Makler die Pflicht, zwischen den Vertragsparteien stehend, auf Grund seiner Erfahrung, Sach- und Fachkenntnis durch Vorschläge und Gegenvorstellungen die Parteien zu überzeugen und zu erreichen, daß beide Teile in ihren Forderungen und Anerbieten nachgeben und so zum gedeihlichen Abschluß kommen.

Deshalb ist es eine falsche Auffassung, wenn man behauptet, daß sich die Stellung des Maklers durch das Tätigwerden für beide Teile derart ändert, daß er infolge dieser Doppeltätigkeit eine Vertragswidrigkeit begeht und deshalb seinen Lohn verliert. Eine Änderung tritt nur insoweit ein, als der Makler in das Amt des unparteiischen Mittlers rückt, dessen Aufgabe darin besteht, die Gegensätze auszugleichen und die beiderseitigen Interessen so weit zu nähern, daß ein Vertragsschluß möglich wird. Gleich dem

[24]) Soergel, BGB. 4. Aufl.; Warneyer, BGB. 1930 S. 1180; DJZ. 1926 Sp. 43; LG. Berlin I; Staudinger, Komm. S. 1058: „Bei Liegenschaftsmaklern ist das Tätigwerden für beide Teile Regel und Verkehrsübung, das Gegenteil muß dann besonders bedungen sein." Komm. d. RGR. 6. Aufl. 28 S. 311 Bd. 2: „Der Makler ist als unparteiischer Vermittler (nicht als Vertrauensmann nur der einen Partei) vielfach bei Grundstücksvermittlungen anzusehen"; LZ. 1915 S. 504; Achilles, BGB.: „Bei Grundstücksmaklern ist es allgemein bekannt, daß sie für beide Teile tätig sind." Zeitschr. f. Rechtspfl. i. Bayern 1907 S. 135; Württ. Zeitschr. 1910 S. 333; RG. 1905, 14; OLG. 20, 215; 34, 337; vgl. auch Jacusiel a. a. O. S. 58; Riesenfeld, Breslauer Handelsbräuche I, 20 Nr. 56: Es verstößt nicht gegen die Verkehrssitte, wenn bei Grundstückstauschgeschäften der Makler für beide Kontrahenten tätig wird, da es im Wesen der Maklertätigkeit liegt, daß der Vermittler für beide Teile tätig ist; denn seine Pflicht besteht darin, im Falle von Differenzen zwischen Forderung und Angebot auf deren Ausgleich hinzuwirken und zwischen den Parteien zu vermitteln, also auf beiden Seiten Bemühungen anzuwenden; Raff, § 654 BGB. in DImmZ. 1929 S. 363 ff.

Handelsmakler übt der Zivilmakler eine reine Mittlertätigkeit aus. Die Rechtsprechung schließt einen Pflichtenzwiespalt nur dann aus, wenn dem Makler von jedem Teil für den Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluß eine Provision versprochen ist [25]), und nimmt auch dann ein vertragswidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftsherrn nicht an, wenn er für diesen als Vermittlungsmakler tätig geworden ist, während er für den anderen Teil der Nachweismakler war [26]).

Es gibt Fälle, in denen der Auftraggeber sich jede Übernahme anderer Dienste verbietet [27]) und vom Makler lediglich die Wahrung seiner Interessen fordert [28]). Eine Berücksichtigung der Interessen des Vertragskontrahenten ist dann vertragswidrig. Aber eine solche Interessenwahrnehmung ist keine regelmäßige Vermittlertätigkeit mehr. In einem solchen Fall widerspricht es dem Rechtsgrundsatz, daß der Makler als Mittelsperson zwischen zwei Opponenten eine Mittellinie für den Vertragsschluß finden soll, die den Belangen beider Teile gerecht wird. Deshalb muß auch die auf Zahlung belangte Vertragspartei, wenn sie den Makler als Interessenvertreter bestellt hat, diese Ausnahme im Prozeß beweisen [29]) [30]). Ist der Makler von einer Partei als Vertrauensmann herangezogen und lediglich

---

[25]) LG. I Berlin vom 30. 5. 1925.

[26]) Vgl. hierzu auch die heutige Rechtsprechung des RG. (Urt. vom 22. 10. 1921, abgedr. in JW. 1922 S. 164, wo es heißt: „Da der Kläger (der Makler) nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur für den Beklagten als Vermittler, für den Käufer dagegen nur nachweisend tätig ist, so ist nicht ersichtlich, wie diese Tätigkeit dem Vertrag zuwider erfolgt sein sollte."

[27]) Aus den Umständen kann sich die Verpflichtung des Maklers ergeben, nur für den Auftraggeber tätig zu sein, so, wenn eine besonders hohe Provision vereinbart ist.

[28]) Dieses ist evtl. aus der Höhe des bedingten Lohnes zu entnehmen; vgl. OLG. Naumburg, Urt. vom 28. 1. 1929 (4 U 300/28): „Nun hat aber der Kläger (Makler), um die hohe Provision von 5% von dem Beklagten zu erwirken, diesem erklärt, er werde von den Käufern eine Provision nicht verlangen. Selbst ohne diese ausdrückliche Zusage verlangte aber auch schon das Vertrauensverhältnis der Parteien, daß der Kläger bestrebt sein mußte, einen möglichst hohen Preis von den Käufern im Interesse des Beklagten herauszubekommen. So verstieß der Kläger gegen seine Treu- und Sorgfaltspflicht dem Beklagten gegenüber, indem er sich von den Käufern der 19 Morgen des Schw. Grundbesitzes 2 Prozent Provision, die also vom Kauferlös abgehen mußten, versprechen ließ." Vgl. auch RG. in JW. 1905 S. 752.

[29]) Vgl. Urteil des OLG. Karlsruhe in Sachen Lehmann/Hatz vom 2. 7. 1904: „Wollte die Beklagte, daß L. ausschließlich die Interessen vertrete, so mußte sie dieses besonders bedingen."

[30]) Vgl. OLG. Stuttgart in JW. 1923 S. 12. Raff a. a. O. S. 364 f.

dazu berufen, deren Interesse ausschließlich [31]) wahrzunehmen, so handelt er dem Vertrag zuwider und verwirkt seinen Lohn, wenn er sich um die Belange der Gegenseite kümmert. Eine solche auf Grund der vertraglichen Vereinbarung dem Makler obliegende Pflicht, die Vertragsweisungen innezuhalten, ist aber selbstverständlich und bedurfte keiner gesetzlichen Regelung.

Rechtliche Bedenken stehen der Bestellung des Maklers als Interessenvertreter nicht gegenüber [32]). Diese Sonderstellung muß der Gegenpartei aber ausdrücklich zu erkennen gegeben werden. Der Gegenkontrahent geht in der Regel von der Erwägung aus, daß der Makler zwischen den Parteien steht. Über die „falsche" Annahme von der Stellung des Maklers als neutralen Mittlers, der unter Wahrung beiderseitiger Interessen, soweit es die Vertragsverhandlungen ermöglichen, die gegensätzlichen Meinungen ausgleicht, muß der Gegenkontrahent in diesem Fall aufgeklärt werden.

Wenn der Makler treulos seine Vertragsverpflichtungen verletzt, um den Auftraggeber zu schädigen, so verletzt er allgemein bestehende Rechtsgrundsätze [33]) [34]). Mit Rücksicht auf die Eigenart des Maklervertrages entfällt dem Makler infolge seiner Doppeltätigkeit sein Gebührenanspruch gegenüber der benachteiligten Partei. In der Regel müssen aber Vorteile und Nachteile, weil sie derselben Wurzel entstammen, nämlich der Untreue des Maklers, gegeneinander aufgehoben werden. So lag dem Kammergericht folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor. Der Auftraggeber hatte dem Makler den Verkauf seines Grundstücks übertragen. Der Verkaufspreis war mit 60 000 RM. veranschlagt. Der Käufer wollte den Kaufpreis geben. Der Makler, der auch vom Käufer Provision bekam, wußte davon und verschwieg es dem Verkäufer. Dem Käufer gelang es, den Kaufpreis um 1600 RM. zu drücken. Später kam die Sache heraus. In seinem Urteil [35]) führt das Kammergericht aus: „Grundsätzlich schließt die Bestimmung des § 654 BGB. die Geltendmachung eines weiteren Schadensersatzanspruches trotz der Ersparung des Maklerlohnes nicht aus. Aber die Schadens-

[31]) evtl. auf Kosten der anderen Partei.

[32]) Wirtschaftlich erhöhen sich dadurch die Unkosten des Geschäftsabschlusses, da die Gegenpartei gezwungen wird, einen eigenen Makler aufzustellen.

[33]) Der Makler ist aus Vertrag bzw. unerlaubter Handlung ersatzpflichtig. Die vertraglichen Ansprüche schließen die deliktischen nicht aus.

[34]) Vgl. Recht 20 Nr. 3107.

[35]) Urteil vom 11. 10. 1930 (24 M 7923/30) in DImmZ. 1931 S. 28.

ersatzpflicht kann nicht weiter gehen, als Schaden entstanden ist. Hat das schädigende Ereignis dem Geschädigten gleichzeitig Vorteile gebracht, so müssen diese mit den entstandenen Nachteilen aufgerechnet werden. Im vorliegenden Falle besteht der Schaden in dem Nettobetrage, der sich bei Ausgleichung aller beiderseitigen aus derselben Wurzel entspringenden Vermögensab- und -zugänge ergibt. Dabei sind allerdings nur solche Vorteile zu berücksichtigen, die aus dem nämlichen Ereignis erwachsen, das sich als schädlich erwiesen hat. Es muß hiernach zwischen diesem Ereignis und dem erlangten Vorteil ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, so daß sich hiernach Vorteile und Nachteile als gleichwertige Folgen des vertretbaren Verhaltens eines anderen darstellen. Ein solcher Zusammenhang besteht hier zwischen der Herabdrückung des Kaufpreises auf 58 400 RM. einerseits und der Verwirkung der Provision andererseits. Beides ist darauf zurückzuführen, daß der Makler es unterlassen hat, dem Verkäufer davon Kenntnis zu geben, daß der Kauflustige evtl. auch 60 000 RM. geben, aber erst versuchen würde, den Kaufpreis zu drücken."

Diese Entscheidung ist gerecht und billig. Die Bestimmung des § 654 BGB. zeitigt aber regelmäßig weitere Folgen, die in keiner Weise zu billigen sind [35a]). Der Maklerlohn ist auch gegen den Vertragskontrahenten ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall verwirkt der Makler seinen Lohn auch gegenüber dem Käufer, obwohl für diesen das Geschäft sich günstiger gestaltete, als er ursprünglich wähnte. Aber selbst dann, wenn die Doppeltätigkeit überhaupt keine schuldhafte Vertragsverletzung in sich birgt, ist der Anspruch auf den Maklerlohn gegen beide Parteien ausgeschlossen. Schon bei unzulässiger Doppeltätigkeit ist der Lohn verwirkt. Daß ein positiver Schaden entstanden und wem dieser Schaden erwachsen ist, ist weiterhin ohne Einfluß auf die Verwirkung des Anspruchs auf Maklerlohn. Ohne Belang ist es auch, ob das Geschäft für den einen Teil von Vorteil ist und auch für den anderen Teil keine Schädigung bedeutet. Einerlei, der Provisionsanspruch ist immer verwirkt.

Nach der Rechtsprechung verliert der Makler seinen Lohnanspruch, wenn er für den anderen Teil tätig [36]) geworden ist, ohne daß überhaupt die Frage gestellt wird, ob die Interessen seines Auftraggebers dadurch verletzt sind. Nur wenn der Makler die Interessen der anderen Seite wahrnimmt und darunter die Belange seines Auftraggebers leiden, ist m. E. die Versagung des Lohnes

[35a]) Raff a. a. O. S. 364.

[36]) Ausgenommen dann, wenn eine Erlaubnis des Auftraggebers in Kenntnis der Sachlage festgestellt werden kann.

gerechtfertigt. Das Tätigwerden für den anderen Teil rechtfertigt solche Folgen in keiner Weise.

M. E. ist ein Lohnanspruch selbst dann für begründet zu erachten, wenn der Makler vom Auftraggeber als Interessenvertreter aufgestellt ist und von der Gegenseite sich lediglich einen Auftrag erteilen und eine Vergütung versprechen läßt. Diese Ansicht ist aus dem Wortlaut des § 654 BGB. unmittelbar herzuleiten. Denn nach der gesetzlichen Fassung ist der Lohnanspruch nur ausgeschlossen, wenn der Makler vertragswidrig für den anderen Teil tätig geworden ist [37]). Daraus folgt, daß der Makler durch die bloße Entgegennahme eines Provisionsversprechens seinen Lohn nicht verwirkt. Denn das Versprechenlassen ist kein Tätigwerden. Beides stimmt in der Bedeutung nicht überein. Der Ausschluß des Anspruches auf den Maklerlohn ist durch die Entgegennahme eines Lohnversprechens ebensowenig gerechtfertigt, wie wenn dem Makler die Annahme einer vorher nicht zugesagten Entlohnung versagt würde.

Vertragswidrig [38]) ist die Doppeltätigkeit auch dann nicht, wenn dem als Interessenvertreter aufgestellten Makler dieses gestattet ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftraggeber von der Tätigkeit des Maklers für den anderen Teil bei Abschluß des Vertrages erfährt, oder nachträglich Kenntnis erlangt und nicht widerspricht. Diese Doppeltätigkeit kann dem Makler ausdrücklich gestattet sein oder ist aus dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen [39]).

Bei richtiger Erkenntnis der Rechtslage ist eine vertragswidrige Doppeltätigkeit schon dann nicht mehr anzunehmen, wenn der Erst-Auftraggeber unter Berücksichtigung aller Umstände wissen mußte, daß der Makler als Vermittler zwischen den Parteien tätig sein wollte oder von der Gegenseite auch mit der Vermittlung beauftragt werden sollte [40]).

Schließlich sei noch auf eine weitere Streitfrage hingewiesen. Aus der eigenartigen Fassung des § 654 BGB: „der Anspruch ist ausgeschlossen", ist vielfach gefolgert worden [41]), daß der Richter beim Vorliegen des § 654 BGB. von Amts wegen über die vertragswidrige Doppeltätigkeit zu befinden hat. Die seltsame Fassung des

---

[37]) JW. 1885 S. 163 Nr. 27.
[38]) JW. 1913 S. 641 Nr. 4.
[39]) Vgl. Urteil des Kammerger. vom 29. 9. 1927 (24 M 2975/27).
[40]) Vgl. Urteil des AG. Königswusterhausen vom 24. 4. 1928 (3 C 564/27/28).
[41]) Vgl. Planck S. 398 Anm. 3.

§ 654 BGB. sei lediglich eine mangelnde Schärfe in der Ausdrucksweise des Gesetzes. Der Sinn soll sein: Der Makler darf einen doppelten Lohn fordern; ausgeschlossen ist dies nur, wenn er damit dem Inhalt des Vertrages zuwiderhandelt.

In der Regel muß der Richter über einen Sachverhalt von Amts wegen befinden, wenn das öffentliche Interesse es gebietet. Dieses ist aber nicht anzunehmen, wenn der Richter über eine vertragswidrige Doppeltätigkeit urteilen soll. Hier sind lediglich Parteiinteressen Gegenstand des Prozesses. Es muß deshalb sein Bewenden dabei haben, daß der Richter nur dann den Einwand der beiderseitigen Tätigkeit berücksichtigen darf, wenn dieser von der auf Zahlung belangten Partei dem Richter zur Prüfung und Entscheidung vorgetragen wird. Dieses entspricht durchaus der Billigkeit. Die Vertragsparteien vermeiden dadurch eine Entscheidung, deren Gründe sie weder vorgetragen noch als zur Klageabweisung geeignet ansahen.

d) Verschwiegenheitspflicht.

Weiterhin hat der Makler die Pflicht, Verschwiegenheit [42]) über das ihm bei Gelegenheit des Vertragsschlusses Mitgeteilte zu üben. Das Interesse des Auftraggebers gebietet es häufig, daß er dem Makler seine Verhältnisse und Absichten offen legen muß [43]). Dadurch wird der Makler erst in die Lage gesetzt, die Interessen des Auftraggebers gebührend zu wahren. Die dem Makler auf Grund seiner Vertrauensstellung anvertrauten Tatsachen hat er dann geheimzuhalten. So, wenn der Auftraggeber Grundstücke zu Spekulationszwecken erwerben will, oder der Auftraggeber durch seine schlechte finanzielle Lage zum Vertragsabschluß gezwungen ist, oder dem Auftraggeber durch die vorzeitige Namensnennung gegenüber den künftigen Vertragskontrahenten Nachteile drohen. Der Grundstücksmakler, der von einem Verein oder einer Behörde mit dem Ankauf eines Grundstücks beauftragt ist, hat mit der Nennung der Person des Auftraggebers zurückzuhalten. Eine vorzeitige Nennung gefährdet das Interesse des Auftraggebers. Wird nämlich der Verkäufer dadurch veranlaßt, einen besonders hohen Preis zu fordern, in der Annahme, dieser Käufer sei leistungsfähiger als eine Einzelperson, so verliert der Makler seinen Lohnanspruch.

---

[42]) Die Verschwiegenheitspflicht ist eine Unterart der Treupflicht.
[43]) Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Bd. 2, 1890.

Eine Verschweigung von Umständen geht jedoch nicht so weit, daß der Makler gezwungen ist, den Namen des Vertragskontrahenten geheimzuhalten, denn ohne Kenntnis voneinander können die Kontrahenten den Vertrag nicht schließen.

Der Umfang der Diskretion wird von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Soweit der Auftraggeber dem Makler durch Anweisung einen bestimmten Spielraum gelassen hat, darf der Makler nicht die äußersten Vertragsbedingungen verraten.

Die Verschwiegenheitspflicht hat der Makler auch jedem Dritten gegenüber zu üben. Mißbraucht er diese Pflicht, so hat er dafür, selbst vor der Entfaltung seiner Tätigkeit einzustehen.

2. Rechte des Maklers.

a) Der Lohnanspruch.

Der Anspruch auf Entrichtung des Maklerlohnes ist davon abhängig, daß der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommt. Demgemäß sind die Voraussetzungen für die Verpflichtung des Auftraggebers zur Leistung einer Provision folgende:

aa) Entfaltung einer Tätigkeit.

Der Makler muß auf Grund des Maklervertrages tätig geworden sein. Ein Unterlassen oder Schweigen begründet einen Anspruch auf Maklerlohn nicht[44]).

Die Maklertätigkeit muß sich gemäß § 652 Abs. 1 BGB. auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder die Vermittlung eines Vertrages erstrecken.

a_1) Der Nachweis.

Unter Nachweisen ist eine Tätigkeit zu verstehen, die darauf hinausläuft, daß der Makler als erster seinen Auftraggeber auf eine ihm bis dahin unbekannte Gelegenheit zum Vertragsabschluß unter wahrheitsgemäßer Darlegung aller für den Geschäftsabschluß wesentlichen Einzelheiten aufmerksam macht. Das bloße Mitteilen einer Vertragsmöglichkeit genügt nicht. Es muß dem Auftraggeber vielmehr eine Gelegenheit gezeigt werden, die ihm auf irgendeine

---

[44]) A. A. Neubauer, Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, in ArchBürgR. Bd. 6 S. 9.

andere Weise nicht kund geworden ist. Nachweisen heißt dem Auftraggeber etwas sagen, was diesem bisher unbekannt war.

Von einer nachweisenden Tätigkeit des Maklers kann dann nicht gesprochen werden, wenn seine Angaben dürftig und ungenau sind. So muß dem Makler die Nachweisgebühr versagt werden, der dem Auftraggeber einen unbestimmten Käufer ohne nähere Angaben über dessen Vermögenslage, oder bei einem Grundstück nur die Entfernung von der nächsten Großstadt ohne weitere Angaben über die Größe, Bonitierung, Arrondierung, Isolierung und Belastung des Grundstücks gesagt, oder nur eine Aufnahme von dem Grundstück gezeigt hat, ohne irgendwelche weiteren Einzelheiten zu erläutern.

Nachgewiesen ist dem Vertragskontrahenten dann nichts, wenn er selber erst auf Grund des vom Makler überreichten Materials die Geschäftsmöglichkeit erforschen muß. Ungenügend ist es deshalb, wenn der Makler seinem Kunden eine umfangreiche, ohne im einzelnen dessen spezifischen Wünsche berücksichtigende Liste (Wohnungsliste) übersendet, aus der der Auftraggeber ein nach Wert und Zweck geeignetes Objekt auslesen muß. Der Nachweismakler verabsäumt, eine entsprechende, d. h. für den Auftraggeber geeignete Abschlußgelegenheit zu ermitteln. Dieses kann nur durch Anstellung von einzelnen Objekten unter ausführlicher Darlegung aller Wünsche des Auftraggebers erfolgen. Andernfalls ist dem Kunden nichts nachgewiesen. Es genügt deshalb auch nicht, wenn der Makler seine Tätigkeit lediglich darauf beschränkt, dem Auftraggeber ganz allgemein die Möglichkeit, ein Vertragsobjekt in Erfahrung zu bringen (z. B. durch Zeitungsinserate), mitzuteilen.

Dagegen ist es nicht notwendig, daß der Makler die Parteien unmittelbar zusammenführt, auch mittelbarer Nachweis genügt [45]).

Die Leistung des Maklers als Nachweismakler ist nach obigem eine Art der Kenntnisbeschaffung für den Auftraggeber, deshalb hat sich der Nachweismakler an den weiteren Unterhandlungen, welche darauf abzielen, den Vertragsabschluß der Parteien herbeizuführen, nicht mehr zu beteiligen. Dieses fällt in den Rahmen des Vermittlungsmaklers. Der bloße Nachweis ist demnach gegenüber der Vermittlung das Minus seiner Tätigkeit.

Bei Grundstückskäufen genügt es nicht, daß der Makler nur nachweisend tätig geworden ist. Dieses steht im Gegensatz zu dem verkehrsüblichen Brauch und ist als Sondervereinbarung von dem Makler zu beweisen. Die Regel verlangt, daß der Makler beim

---

[45]) DJZ. 1917 S. 345.

Grundstückskauf neben der Bezeichnung der Abschlußgelegenheit vornehmlich als Mittler die Willenseinigung zwischen den Parteien herbeizuführen hat.

Dennoch ist die bloße Nachweistätigkeit im wirtschaftlichen Leben nicht zu unterschätzen, wenn sie auch grundsätzlich nicht als Regelfall angesprochen werden darf. Der Nachweis einer Abschlußgelegenheit mag bei dem Abschluß von Dienstverträgen und bei dem Vermieten von Wohnungen und Geschäftslokalen genügen, bisweilen auch bei Darlehnsgeschäften.

Wenn der Makler zum Vertragsschluß vermittelnd mitwirken muß und eine dahingehende Tätigkeit ablehnt, so kann er sich nicht auf seine Nachweistätigkeit berufen, sondern muß gemäß der Weisung des Auftrags handeln. Andernfalls verwirkt er durch seine Nichterfüllung den Lohnanspruch.

Welche Wege der Nachweismakler einschlägt, um einen vertragsgeeigneten Kontrahenten ausfindig zu machen oder ein geeignetes Kaufobjekt zu ermitteln, sind für die Beurteilung des Lohnes ohne Belang. Die Nachweisgebühr ist selbst dann begründet, wenn dem Makler eine entsprechende Vertragsmöglichkeit völlig unbekannt ist, er jedoch den Auftrag zum Nachweis einer Gelegenheit für den Abschluß des Vertrages vorzeitig entgegennimmt.

Für die Mitteilung der Abschlußgelegenheit sind gesetzlich keine Sondernormen getroffen. Diese kann mündlich oder schriftlich erfolgen, persönlich oder durch einen Dritten. Dieser muß sich als Vertreter des Maklers legitimieren. Der Auftraggeber wird häufig die Abschlußgelegenheit durch den Vertragskontrahenten erfahren. Dagegen ist nichts zu erinnern, wenn der Kontrahent auf die nachweisende Tätigkeit des Maklers Bezug nimmt. Unter den Maklern hat sich die Gepflogenheit herausgebildet, daß sie den Vertragsgegner verpflichten, von sich aus unaufgefordert den Auftraggeber von ihrer Tätigkeit zu verständigen [46]).

b_1) Die Vermittlung.

Der Begriff der Vermittlung ist im Gesetz nicht bestimmt. Der Vermittler hat die dem Vertragsschlusse entgegenstehenden Bedenken auszuräumen, widerstreitende Interessen auszugleichen. Wie der Makler im einzelnen Fall sein Ziel erreicht, bleibt seiner Geschicklichkeit, Menschen- und Sachkenntnis und seiner Geschäftserfahrung überlassen. Der Erfolg hängt dabei viel von den

---

[46]) DJZ. 1928 S. 114.

Eigenschaften der Vertragsparteien und der Art des zu vermittelnden Geschäfts ab.

Solange der Makler mit seinem Auftraggeber nur die Möglichkeiten eines Vertragsabschlusses bespricht, liegt ein Vermitteln nicht vor. Der Begriff des Vermittelns umfaßt nicht das Beibringen eines Interessenten. Immer muß aber ein Unterhandeln mit der Gegenseite gefordert werden, um diese für den Vertragsschluß geneigt zu machen.

Der Vermittlungsmakler muß eine selbständige auf die Herbeiführung der Willenseinigung der Parteien abzielende Tätigkeit entfalten. Die Tätigkeit eines einfachen Boten genügt nicht. Er schließt aber auch nicht selber ab. Der Vertragsabschluß ist eben Sache der Parteien. Da der Makler keine Vertretertätigkeit entfaltet, ist seine Beteiligung an dem abzuschließenden Geschäft nur tatsächlicher, nicht juristischer Natur.

Der Umfang der Vermittlertätigkeit richtet sich nach den Schwierigkeiten, die zu überwinden sind. Diese sind nach der Art und Bedeutung des Geschäfts verschieden. Im Einzelfall kann das eine Geschäft viel Zeit und Mühe verursachen, während ein anderes nur mit geringem Aufwand an Arbeit und Zeit verbunden ist.

Nicht erforderlich ist, daß der Makler von Beginn der Verhandlungen bis zu deren Abschluß ununterbrochen zugegen war. Vermitteln kann der Makler in jedem Stadium der Vertragsverhandlungen. Die Parteien kennen die Abschlußgelegenheit und nehmen die Vertragsunterhandlungen auf. Der Makler tritt jetzt als Mittelsperson auf. Oder der Makler wird kurz vor Abschluß des Vertrages hinzugezogen.

Für den Fall, daß der Makler mit der Vermittlung des Geschäfts beauftragt ist und die Parteien die ihnen angebotene Vermittlertätigkeit ablehnen, nachdem der Makler ihnen das Vertragsobjekt nachgewiesen hat, steht dem Makler dennoch der vertragsmäßige Lohn zu.

c_1) Die persönliche Tätigkeit.

Nicht notwendig ist eine persönliche Tätigkeit des Maklers. Jedem Makler ist im Zweifelfall gestattet, sich vertreten zu lassen. So bedient er sich eines Dritten, dem er die Erfüllung der Hilfsgeschäfte (Schreibarbeiten, Vornahme von Besichtigungen) überträgt. Ebenso kann er einem Dritten die eigentliche Nachweis- und Vermittlungstätigkeit teilweise oder vollständig überlassen. Der Dritte tritt mit der Vertragspartei in kein Vertragsverhältnis; für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen haftet der Makler der

Vertragspartei wie für eigenes. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Makler und dem Dritten sind für das Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber ohne Bedeutung. Neben diesen Kategorien von „Vertretern" steht der Untermakler.

Im Wirtschaftsverkehr ist der Untermakler fast unentbehrlich. Die größte Zahl aller Maklergeschäfte wird mit Hilfe eines Untermaklers getätigt.

Der Auftraggeber fordert vom Makler in der Regel den Geschäftsabschluß möglichst schnell zu tätigen. Der Makler setzt sich mit einem oder mehreren Personen gegen Entgelt in Verbindung, um so schneller und besser zum Ziele zu kommen.

Zweckmäßig kann solche Verbindung aus den mannigfachsten Gründen sein. Dem Makler fehlen zum Anbieten geeignete Objekte, oder er kann dem Verkäufer keinen zahlungsfähigen Käufer nachweisen. Denkbar ist auch der Fall, daß der Vertragskontrahent einen bestimmten Makler zum Berater hat und durch diesen nur die Verhandlungen führen läßt. Auch Dritte, die persönliche Beziehungen zum Gegner haben, wird der Makler zur Mitwirkung wählen, um durch diese den Kontrahenten vertragsgeneigt[47]) zu machen. Der mit dem Verkauf eines ländlichen Grundstücks beauftragte Hausmakler wird zur Mitarbeit einen Gütermakler heranziehen, weil ihm nach der Eigenart dieses Geschäftes die erforderlichen Erfahrungen und Sachkenntnisse fehle, auch wird es ihm an den erforderlichen Verbindungen mangeln. Auf ein Zusammenarbeiten mit einem Dritten wird der Makler immer dann angewiesen sein, wenn die eine oder andere Partei ihren Wohnsitz auswärts hat oder wenn das Vertragsobjekt für den Makler entfernt liegt.

Für ihre mitwirkende Tätigkeit werden diese Personen am Geschäftsgewinn beteiligt. Ihnen wird ein bestimmter Betrag zugesichert, der mit Eingang des Maklerlohnes fällig wird. In der Regel wird ein prozentualer Anteil vereinbart, der jeweils mit dem Eingang der Maklergebühr auszuzahlen ist.

In allen Fällen sind es Untermakler, die zur Mitarbeit herangezogen werden, immer behält der Makler nach außenhin die Rolle des allein beauftragten Vermittlers.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Makler und Untermakler sind durch Sondernormen im BGB. nicht geregelt.

Von der Rechtssprechung sind zunächst in Anlehnung an die Entscheidung des Reichsgerichts[48]) auf das Vertragsverhältnis

---

[47]) Vgl. Raff, Der Untermakler, in DImmZ. 1930 S. 85.
[48]) Bd. 18 S. 13.

zwischen Makler und Untermakler die Rechtssätze über Gelegenheitsgesellschaften angewendet worden. Die Tätigkeit beider ist zwar auf ein und denselben Zweck gerichtet; dadurch wird aber kein Gesellschaftsvertrag begründet. Das unterscheidende Merkmal liegt darin begründet, daß beim Untermaklervertrag beide Teile nicht als Genossen mit gleichen Rechten und gleichen Pflichten zusammenwirken. Der Bestimmende bleibt der Makler. Die Tätigkeit des Untermaklers dient ihm nur zur Unterstützung. Der Untermakler ist deshalb nach Reichel [49]) der verlängerte Arm des Hauptmaklers. Ein weiteres Hindernis für die Annahme eines Sozietätsverhältnisses ergibt sich aus der mangelnden Verpflichtung beider für den gemeinsamen Zweck tätig zu werden. Hauptmakler wie Untermakler sind nur berechtigt, für den Nachweis oder die Vermittlung in Tätigkeit zu treten. Aus dem Gesichtspunkt, daß der Hauptmakler dem Untermakler gegenüber nicht verpflichtet ist, eine nachweisende oder vermittelnde Tätigkeit zu entfalten, und daß ebenfalls für den Untermakler eine Verpflichtung nicht besteht, für den Nachweis- oder Vermittlungsauftrag des Hauptmaklers mit seinen Unterlagen und Kenntnissen tätig zu sein, hat späterhin die Rechtsprechung die Folgerung gezogen, daß die zwischen Haupt- und Untermakler getroffenen Abreden kein Gesellschaftsvertrag sind [50]).

Aus demselben Grunde, daß der Untermakler nicht verpflichtet ist, für den Geschäftsabschluß weiter zu arbeiten, kann man den Untermaklervertrag auch nicht als Dienst- oder Werkvertrag ansprechen [51]). Aber auch als Mandat läßt sich das Vertragsverhältnis zwischen Haupt- und Untermakler nicht auffassen, weil der Untermakler nicht unentgeltlich leistet.

Der Untermaklervertrag ist auch kein reiner Maklervertrag [52]). Der Hauptmakler ist nicht Vertragskontrahent. Deshalb erhält der Untermakler auch keinen Maklerlohn für den Nachweis einer Abschlußgelegenheit oder für eine Vermittlung zu einem Vertrage, bei dem der Hauptmakler Vertragspartei ist. Vertragspartei bleibt vornehmlich der Auftraggeber, der darüber befinden mag, ob er den angetragenen Vertrag schließen will oder nicht. Hier liegt das unterscheidende Merkmal zwischen Makler- und Untermaklervertrag. Unterscheidend kommt weiter hinzu, daß der Untermakler nur gegen Entgelt mitwirken und seine Tätigkeit nur eine für den Hauptmakler vorbereitende und helfende sein soll. Insoweit, als

---

[49]) Reichel a. a. O. S. 125.
[50]) Recht 1916 Nr. 426 u. 434.
[51]) Recht 1916 Nr. 426 u. 434.
[52]) JW. 1929 S. 3497.

gerade aus den durch die Verkehrsübung herausgebildeten Rechtssätzen der Hauptmakler entscheiden kann, ob er die Vorschläge und Unterlagen des Untermaklers für den Geschäftsabschluß verwerten will oder nicht, hat der Hauptmakler das unbeschränkte Bestimmungsrecht gegenüber dem Untermakler, und der Untermakler nähert sich mit Rücksicht auf das freie Entschließungsrecht des Hauptmaklers dem Maklervertrag. Aus diesem Grunde und unter Berücksichtigung der Auffassung, [53]), daß der Untermaklervertrag ein Hilfsvertrag zur Erreichung der Zwecke des Hauptmaklers ist, wendet die Rechtsprechung [54]) auf das Vertragsverhältnis zwischen Makler und Untermakler vornehmlich die Rechtsnormen des Maklervertrages an. Insbesondere gilt dies bei der Feststellung, wann der Anspruch des Untermaklers auf Zahlung der Provision gegen den Hauptmakler entsteht, und ob die Fälligkeit des Provisionsanspruches sich nach dem Eingang der Gebühren beim Hauptmakler richtet; bei Prüfung der Frage, ob und inwieweit der Hauptmakler auf den dem Untermakler zustehenden Gebührenanteil verzichten oder wegen des Anteils Vergleiche schließen, also rechtsgültig verfügen kann. Auch hält Praxis und Wissenschaft vor allem für zulässig, daß dem Hauptvermittler das Recht zum jederzeitigen freien Widerruf des Untermaklervertrages zusteht [55]). Aus der willkürlichen Entscheidung des Hauptmaklers steht dem Untermakler ebensowenig wie dem Makler beim reinen Maklervertrag ein Zahlungsanspruch zu. Die Bestimmung des § 652 Abs. 2 BGB. wendet das Reichsgericht entsprechend auf den Untermaklervertrag an.

Der Untermaklervertrag ist nach allem mit keinem im besonderen Teil der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelten Vertragsverhältnisse identisch. Der Untermaklervertrag ist ein Schuldverhältnis eigener Gestaltung, der entsprechend seines Wesens und Zweckes nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen und zu erfüllen ist.

Nach der Verkehrsauffassung ist der Hauptmakler nicht verpflichtet, die ihm vom Untermakler verschafften Unterlagen [56]) für den Geschäftsabschluß zu verwerten und den Nachweis- oder Vermittlungsauftrag unter Rücksichtnahme auf das Interesse des Untermaklers durchzuführen. Das angetragene Geschäft des Untermaklers mag die günstigsten Bedingungen enthalten; dennoch kann

[53]) RGRKomm. Vorbem. 1 zu § 652 BGB.
[54]) Vgl. RG. in Recht 1916 Nr. 429/30.
[55]) RG. Bd. 88 S. 1; die Ausführungen unter VIII.
[56]) Vgl. RG. 88, 1 ff.

er den Auftrag unbeachtet lassen, ohne daß ein Anspruch auf Zahlung einer Gebühr gegen ihn entsteht. Der Hauptmakler ist auch nicht zur Rechenschaftslegung verpflichtet. Er kann deshalb aus sachlich unberechtigten Gründen jedes Angebot des Untermaklers ablehnen [57]).

Andererseits braucht ebensowenig der Untermakler mangels gegenteiliger Sonderabrede sein Material und seine Kenntnisse für den geplanten Geschäftsabschluß dem Hauptmakler zur Verfügung zu stellen.

Dem Untermakler muß man das Recht zubilligen, vom Hauptmakler zu verlangen, daß er ihm seine Willensänderung, den erhaltenen Nachweis oder Vermittlungsauftrag nicht mehr durchzuführen, mitteilt. Dieses Recht ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen [58]). Denn es widerspricht Treu und Glauben, wenn man den Untermakler Zeit und Mühe verwenden läßt, während ihm letzten Endes die Verwirklichung seines Lohnanspruches versagt ist. Der Hauptmakler würde durch sein Schweigen schuldhaft die Vertragsverpflichtungen verletzen. In einem solchen Falle bleibt dem Untermakler die Möglichkeit, mit dem Auftraggeber neu abzuschließen und seinerseits das Geschäft allein oder als Hauptmakler zu bearbeiten. Der bisherige Hauptmakler bleibt nach außenhin nicht mehr der Allein-Beauftragte; diese Stellung nimmt dann der Untermakler ein. Der Hauptmakler scheidet mit der Einstellung seiner Tätigkeit aus dem Vertragsverhältnis aus und bekundet gleichzeitig, an dem Geschäft nicht mehr mitzuarbeiten. Deshalb wird ihm regelmäßig ein anteilmäßiger Gebührensatz gegen seinen „Untermakler“ nicht zustehen.

Dagegen ist dem Hauptmakler sein Lohnanspruch gegenüber dem Untermakler dann nicht zu verwehren, wenn er dem Untermakler das angebahnte Geschäft zur weiteren Durchführung überlassen hat [59]). Auch muß die Provisionsfrage zwischen beiden ebenso entschieden werden, wenn der Maklervertrag durch Kündigung des Auftraggebers beendet worden ist und der Untermakler mit dem Nachweis oder der Vermittlung aufs neue beauftragt ist. In beiden Fällen ist der Untermakler durch den Hauptmakler mit der Vertragspartei bekannt geworden und dadurch auf die Geschäftsmög-

---

[57]) JW. 1918 S. 30.

[58]) RG. 83, 205 und Raff a. a. O. S. 94.

[59]) In diesem Fall ist der Makler lediglich Substitut gemäß § 664 BGB. und deshalb der Anspruch des Hauptmaklers als Geschäftsherr selbstverständlich.

lichkeit hingewiesen. Deshalb muß der Untermakler den Hauptmakler entsprechend seiner Tätigkeit anteilmäßig entlohnen.

Der Hauptmakler bleibt für das Maklergeschäft dem Untermakler gegenüber der Bestimmende. Er ist deshalb nicht gehalten, im einseitigen Interesse des Untermaklers die Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit bis zum Geschäftsabschluß durchzuführen [60]). Er braucht aus diesem Gesichtspunkt auch den fälligen Lohn nicht beizutreiben. Die Belange des Untermaklers sind nicht höher zu werten als seine eigenen [61]). Verzichtet der Hauptmakler auf den Vergütungsanspruch oder trifft er andere rechtsbedeutsame Verfügungen dergestalt, daß er dem Auftraggeber durch Vergleich die Gebühr herabsetzt, so ist dagegen nichts zu erinnern. Der Untermakler mag dem Verhalten des Hauptmaklers widersprechen, verantwortlich wird ihm der Hauptmakler wegen des Ausfalls seines Gebührenanteils aber niemals. Der Hauptmakler darf nach Ansicht des Reichsgerichts [62]) nur bei verständiger und redlicher Wahrnehmung seiner eigenen Interessen über den Vergütungsanspruch des Untermaklers rechtserhebliche Verfügungen mittreffen. So, wenn der Hauptmakler durch Beitreibung der Provision von seiten des Auftraggebers wirtschaftliche oder persönliche Nachteile zu erwarten hat. Der Hauptmakler wird mit dem Verkauf eines Grundstücks beauftragt, das der Auftraggeber kurz vorher erworben und jetzt unter Verlust absetzen muß, etwa weil die vom Makler zugesagten Hypothekengelder nicht zu beschaffen sind. Der Makler verzichtet auf seine Provision, weil der Auftraggeber ihn für den entstandenen Schaden verantwortlich zu machen oder das Ansehen seiner Firma zu gefährden droht. Im Prozeß ist der Hauptmakler beweispflichtig. Er muß dartun, daß ihn bei verständiger Würdigung der Sachlage redliche Gründe zum Nachlaß der Provision geführt hätten.

Für den Fall aber, daß der Hauptmakler wegen einer Gebührenforderung alle Schritte zur Beitreibung der Forderung grundlos unterläßt, kann der Untermakler vom Hauptmakler verlangen, daß ihm der Makler den auf ihn entfallenden Teil der Gebühr abtritt.

Bei Nichtigkeit des Vertrages besteht ein Anspruch des Maklers auf den Maklerlohn nicht. Ebenfalls bei der mit Erfolg durchge-

---

[60]) Vgl. RG. 88, 1.

[61]) Recht 1918 Nr. 696.

[62]) Urteil des RG. vom 2. 1. 1918 in JW. 1918 S. 301 Nr. 3 und RG. 88, 1: Die Freiheit des Hauptmaklers findet seine Grenzen darin, daß er den Untermakler nicht arglistig ausschalten und dadurch um den Lohn seiner Tätigkeit bringen darf.

führten Anfechtung eines anfechtbaren Vertrages. Die Anfechtung steht in ihrer Wirkung gemäß § 142 BGB. der Nichtigkeit gleich. Soweit der Auftraggeber den Lohn gezahlt hat, ist der Makler nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zur Rückzahlung verpflichtet. Wenn in solchen Fällen dem Makler die Nichtigkeit des Vertrages bekannt war und er ohne Rücksicht auf diese Kenntnis dem Untermakler seinen anteilmäßigen Gebührensatz ausgezahlt hat, so ist er in vollem Umfang zur Rückgabe verpflichtet. Anders, und zwar günstiger für den Hauptmakler wird zu entscheiden sein, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes bei der Auszahlung an den Untermakler nicht kennt[62a]). In der Höhe dieses Betrages entfällt die Bereicherung. Der Auftraggeber muß sich an den Untermakler mit dem von ihm vom Hauptmakler abgetretenen Anspruch auf Herausgabe des Empfangenen halten.

Für den Hauptmakler[63]) besteht dagegen die volle Rückzahlungspflicht, wenn der Auftraggeber in der Annahme des Zustandekommens eines Vertrages vorzeitig an den Hauptmakler gezahlt und dieser die anteilmäßige Auszahlung an den Untermakler vorgenommen hat. Gemäß § 820 Abs. 1 BGB. verschärft sich in diesem Fall die Haftung des Empfängers, weil der Geschäftsabschluß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde. Der Hauptmakler mußte dies wissen und deshalb mit der Möglichkeit der Rückgabe rechnen.

Der Untermakler kann im Namen des Hauptmaklers weder rechtswirksame Erklärungen abgeben noch entgegennehmen. Der Untermakler ist Geschäftsgehilfe, Mitarbeiter des Hauptmaklers[64]). Vertreter des Hauptmaklers ist er nur dann, wenn er erkennbar im Namen des Hauptmaklers handelt. Dieses ist aber nicht der Regelfall und muß im Prozeß ausdrücklich behauptet, begründet und bewiesen werden. Aus der in der Regel fehlenden Vertretungsmacht erklärt es sich, daß die rechtlichen Folgen einer Erklärung durch den Untermakler in der Person des Hauptmaklers nicht eintreten. Eigenmächtige Willenserklärungen wegen des dem Hauptmakler zustehenden Gebührenanspruchs binden den Hauptmakler in keiner Weise (Verzicht, Stundung, Erteilung einer Quittung). Andererseits kann dem Untermakler gegenüber keine bindende Willenserklärung mit Wirkung für und gegen den Hauptmakler abgegeben werden. Der Untermakler ist insoweit nur der Bote des Maklers.

[62a]) Raff a. a. O. S. 104.
[63]) Leipz. Zeitschr. 1920 S. 158.
[64]) Recht 1920 Nr. 3106. Vgl. auch Raff a. a. O. S. 104.

Eine Willenserklärung an den abwesenden Hauptmakler wird erst wirksam mit dem Zeitpunkt, in dem sie ihm zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB.). Die Gefahr der unrichtigen, unvollständigen oder verspäteten Mitteilung durch den Untermakler, wie das Verschweigen der aufgetragenen Erklärung hat dann der Auftraggeber zu tragen.

Falls nichts anderes vereinbart, ist der Provisionsanspruch des Untermaklers fällig mit Eingang der Gebühr beim Hauptmakler. Nach der Verkehrsübung ist jeweils beim Untermaklervertrag als Parteiwille zu unterstellen, daß dem Untermakler der ihm zustehende Gebührenanteil ausgekehrt werden soll, wenn der Auftraggeber seine Verpflichtung aus dem Maklervertrag erfüllt hat. In Anlehnung an die Rechtssätze aus dem Maklervertrag erweist sich eine solche Gestaltung des Vertragsverhältnisses als durchaus billig. Die Ansicht des Reichsgerichts in Bd. 18 S. 163, wonach die Fälligkeit der Gebühr dem Untermakler schon mit erfolgreicher Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit begründet wird und bei Verzug oder Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers vom Hauptmakler einredeweise ausgeräumt werden kann, entspricht weder einem gesunden Rechtsempfinden, noch läßt sie eine strikte Anwendung der Normen eines Vertragsverhältnisses erkennen und dürfte deshalb zur unabwendbaren Rechtsunsicherheit beitragen.

Das Risiko des Geschäfts haben Haupt- und Untermakler anteilmäßig zu tragen. Dies ergibt sich aus der Abhängigkeit der Fälligkeit vom Eingang der Gebühr beim Hauptmakler [65]). Erklärt der Auftraggeber seine Zahlungsunfähigkeit, so geht das ebensosehr zu Lasten des Untermaklers wie die Herabsetzung der Gebühr infolge der verschlechterten Vermögenslage des Auftraggebers.

Wenn der Hauptmakler zur Rückzahlung der Gebühr verpflichtet ist, können sich die Vertragsparteien zunächst nur an den Hauptvermittler halten. Ob aber der Hauptmakler auch diejenigen Provisionsbeiträge an die Vertragspartei zurückzahlen muß, die der Hauptmakler an den Untervermittler abgegeben hat, läßt sich nicht in allen Rechtsfällen gleich beantworten.

Wenn dem Untermakler in der Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptmaklers vorsätzlich oder fahrlässig Fehler unterlaufen, so hat der Hauptmakler für das Verschulden des beigezogenen Geschäftsgehilfen wie für eigenes Verschulden einzustehen. Da dem Untermaklervertrag die selbständige Durchführung des Geschäfts

---

[65]) So die herrschende Ansicht, vgl. Wollstein, Die rechtliche Stellung des Untermäklers nach dem BGB., Greifswald. — A. A. Jacusiel, Das Recht der Agenten und Makler 3. Aufl. S. 157; RG. 18, 163 f. und Urteil des KG. in ROLG. Bd. 22 S. 325.

durch den Untermakler nicht eigen ist, wird der Hauptmakler sich seiner Haftung in der Regel mit dem Hinweise, ihm sei die Übertragung seiner Obliegenheiten auf den Untermakler gestattet, und er habe deshalb gemäß § 664 BGB. nur für die sorgfältige Auswahl des Untermaklers (culpa in eligendo) einzustehen, nicht entledigen können. Der Hauptmakler muß sich im Falle einer Inanspruchnahme durch den Auftraggeber auf sein Regreßrecht gegen den Untermakler beschränken.

Aus der fehlerhaften Geschäftsführung entstehen dem Auftraggeber unmittelbare Ansprüche gegen den Untermakler nur insoweit, als sein Verhalten in einer unerlaubten Handlung besteht. Dadurch wird der Anspruch gegen den Hauptmakler keineswegs ausgeschlossen. Beide haften vielmehr samtverbindlich.

Wie der Hauptmakler muß auch der Untermakler das Risiko des Erfolges tragen, und deshalb auch die mit dem Erfolg verknüpften Spesen selber tragen. Daß es sich dabei nur um Aufwendungen, die der gewöhnliche Geschäftsverkehr des Maklergewerbes mit sich bringt, handelt, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Für Aufwendungen außerhalb der allgemeinen Maklertätigkeit, zumal wenn sie nach besonderer Weisung des Hauptmaklers erfolgen, muß dieser in derselben Weise aufkommen wie für Aufwendungen, die gemäß § 652 Abs. 2 BGB. durch Parteivereinbarungen geregelt sind.

bb) Zustandekommen des Vertrages.

Der Vertrag muß formell wie materiell zustande gekommen sein [66]).

a_1) Formelle und materielle Gültigkeit des Rechtsgeschäfts.

Soweit Verträge dem Formzwang unterliegen, ist der Maklerlohn nur dann verdient, wenn der gesamte Inhalt des Vertrages der erforderlichen Form genügt. Bei Vermögensübernahme-, Erb-

[66]) Dabei ist das Schwergewicht weniger auf die juristische Gestalt als auf den wirtschaftlichen Erfolg zu legen. Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß es zum Erwerb der Provisionsforderung des Maklers nicht erforderlich ist, daß das tatsächlich abgeschlossene Geschäft vollständig mit dem angestrebten Geschäft übereinstimmt, daß es vielmehr genüge, wenn im wesentlichen derselbe wirtschaftliche Erfolg erzielt worden sei. Vgl. Urteil des RG. vom 7. 4. 1911 in Leipz. Zeitschr. 1911 S. 548, wonach dem Makler eine Provision für den Tauschvertrag zugebilligt wurde, obwohl er mit dem Verkauf des Grundstücks beauftragt war (JW. 1916 S. 1475).

schafts-, Grundstücksveräußerungsverträgen, Schenkungsversprechen und beim Verkauf einer Erbschaft kann der Makler seine Provision verlangen, wenn die Verträge in gerichtlich oder notariell beurkundeter Form geschlossen sind. Bei Miet- und Pachtverträgen auf länger als ein Jahr, Leibrentenversprechen, Bürgschaftsübernahme, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis muß zur Begründung des Provisionsanspruchs die Schriftform gewahrt sein.

Der Vertrag muß aber auch materiell gültig sein. Dabei ist zwischen nichtigem und anfechtbarem Vertrag zu unterscheiden. Aus dem nichtigen Vertrag hat der Makler überhaupt keinen Provisionsanspruch. Nichtigkeitsgründe sind fehlende Geschäftsfähigkeit, Willensmangel, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot [67]) oder gegen die guten Sitten.

Bei anfechtbaren Verträgen ist die Sachlage insoweit anders, als die Zahlung nicht verweigert und die erfolgte Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, solange die Anfechtung nicht erfolgt ist. Dabei ist zu beachten, daß derjenige Vertragsteil, in dessen Verhalten der Anfechtungsgrund liegt, diesen Grund dem Makler nicht entgegensetzen kann [68]).

b_1) Unbedingtheit des Vertrages.

Der Vertrag muß unbedingt geworden sein (§ 652 Abs. 1 BGB.). Der Maklerlohn gilt jedoch dann als begründet, wenn der Auftraggeber, um sich seiner Lohnzahlung zu entziehen, den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben (§ 162 BGB.) verhindert.

Die auflösende Bedingtheit des Vertrages hindert dagegen die Entstehung des Lohnanspruchs nicht. Nach Eintritt der Bedingung bleibt nach herrschender Lehre [69]) der einmal entstandene Lohnanspruch von Bestand. Es ist nicht Wille der Vertragskontrahenten, das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler in der Schwebe zu lassen und die Gebühr viel später bei Eintritt der Bedingung zurückzufordern [70]). Der aufschiebenden Bedingung steht das ver-

---

[67]) RG. in JW. 26 S. 2620.

[68]) Vgl. Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler, 1. Aufl. Berlin 1899, Heft 2; Staub, Exkurs vor § 93 Anm. 21 S. 388; Planck, BGB. § 652 Nr. 2 C.

[69]) Vgl. Oertmann, Komm. zum BGB. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1929, § 652, 2 a S. 1019, 1020; OLG. Hamburg, Urt. vom 27. 6. 1916 in Seuff. 71 Nr. 248 S. 432; ebenso Reichel a. a. O. S. 50 ff. A. A. Mathiaß, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts 6./7. Aufl. 1914 S. 602; Celle OLG. 16, 28.

[70]) Jacusiel a. a. O. S. 99.

tragliche Rücktrittsrecht gleich; denn beide sind auf denselben wirtschaftlichen Zweck gerichtet.

Anders beim gesetzlichen Rücktrittsrecht. Die Ausübung desselben ist ebenso wenig ohne Einfluß auf den Provisionsanspruch als die unterbliebene Erfüllung. Beides sind nur Folgen, die der ordnungsmäßig zustande gekommene Vertrag zeitigt.

c_1) Kausalzusammenhang.

Der Vertrag muß zustande gekommen sein „infolge des Nachweises" oder „infolge der Vermittlung" des Maklers.

Es ist demgemäß notwendig Kausalzusammenhang zwischen Maklertätigkeit und Vertragsschluß. Dieser liegt immer dann vor, wenn der Makler eine Tätigkeit, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit auch der Erfolg (Zustandekommen des Geschäfts) wegfiele, entfaltet hat. Oder negativ formuliert, die Maklertätigkeit [71]) ist dann kausal, wenn der Erfolg ausgeblieben wäre, falls die Maklertätigkeit nicht vorhanden gewesen wäre. Eine besondere Qualifikation der Bedingung wird gemäß § 652 BGB. nicht gefordert. Ursache ist jede Bedingung. Belanglos ist, ob auch noch andere Bedingungen nachträglich begünstigend hinzugetreten sind. Damit ergibt sich aber, daß der Makleranspruch besteht, auch wenn der Makler nur eine „mitwirkende" Tätigkeit [72]) entfaltet hat. Was im übrigen unter den Begriff „Mitwirkung" zu bringen ist, muß von Fall zu Fall bestimmt werden.

Es ist vor allem die Zuführung des Kunden durch den Makler als ausreichend für die Entstehung des Provisionsanspruches zu betrachten, wenn der endgültige Abschluß auf der Grundlage zustande kommt, die der Makler durch seine Tätigkeit vorbereitet hat.

Nicht erforderlich ist, daß der Makler bis zum Schluß den Vertragsverhandlungen beigewohnt hat. Diese Voraussetzung würde der Maklerumgehung Vorschub leisten, denn dann würde der Makler nicht mehr zu den abschließenden Verhandlungen herangezogen werden und so seiner Provision verlustig gehen.

Wichtig ist auch, daß in solchen Fällen, in denen sich die Tätigkeit des Maklers auf bloße Mitwirkung beschränkt hat, von einem Anspruch auf nur einen Teil der versprochenen Provision nicht die Rede sein kann, also obgleich der Makler nur in einem bestimmten Stadium der Vertragsverhandlungen, dafür aber kausal für den

---

[71]) RG. in JW. 1902 S. 283 Nr. 236 (LO 97 S. 36).

[72]) Vgl. hinsichtlich der zu entfaltenden Tätigkeit (Nachweisen, Vermitteln) IV, 2 a, a_1, b_1.

Vertragsabschluß mitgewirkt hat, hat er einen Anspruch auf die gesamte versprochene Provision [73]).

Im Prozeß ist der Makler beweispflichtig. Im einzelnen Fall wird es schwierig sein, den ursächlichen Zusammenhang zwischen Vermittlungstätigkeit und Vertragsschluß nachzuweisen. Deshalb muß man dem Makler mit der Vermutung helfen, daß, wenn er eine Tätigkeit entfaltet hat, die allgemein den Vertragsabschluß herbeiführen konnte, durch seine Tätigkeit das Geschäft zustande gekommen ist [74]). Der Auftraggeber mag dann durch Gegenbeweis diese Vermutung ausräumen. Dieses kann dadurch geschehen, daß er zwar die generelle Eignung der Maklertätigkeit nicht bestreitet, aber im konkreten Falle beweist, daß die Tätigkeit für das Zustandekommen des Geschäftes nicht kausal gewesen ist.

Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist immer dann anzunehmen, wenn die Tätigkeit des Maklers in einem Stadium bleibt, das auf das Zustandekommen des Vertrages ohne Einfluß ist, wenn beispielsweise der Makler einen Interessenten benannt hat, die Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Interessenten sich aber zerschlagen haben, und die Sache in Vergessenheit gerät. Später bietet dasselbe Objekt ein anderer Makler zu anderen Bedingungen an [75]).

Notwendig ist endlich, daß der Auftraggeber von der Tätigkeit des Maklers bei Geschäftsabschluß Kenntnis hat. Deshalb schon, weil sie auf die Entschließung des Auftraggebers hinsichtlich des Vertragsabschlusses, insbesondere der Einkalkulierung der Provision in den Kaufpreis, von erheblichem Einfluß ist [76]).

Dagegen ist es nicht erforderlich, daß dem Auftraggeber die Ursächlichkeit der Maklerträtigkeit für das Geschäft bewußt ist [77]),

[73]) Leipz. Zeitschr. 1915 Sp. 976 Nr. 23.

[74]) Vgl. OLG. 4, 47; 6, 9.

[75]) Vgl. OLG. 28, 199 f.

[76]) Vgl. Urt. des RG. vom 29. 10. 1907 und 26. 5. 1925. Diese Rechtsprechung ist m. E. für den Makler nachteilig. Der Auftraggeber vermeidet häufig alles, um nur nicht zu hören, daß die Gegenpartei von seinem Makler kommt. Nach dem Gesetz ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, Feststellungen zu treffen, ob der beauftragte Makler zum Geschäftsabschluß mitgewirkt hat. — Schwierigkeiten entstehen häufig daraus, daß auch der Gegenkontrahent, um möglichst vorteilhaft abzuschließen, auf die Nachfrage des Auftraggebers die Person des Maklers verschweigt. — Geschädigt kann der Makler auch insoweit durch das Verhalten des Auftraggebers werden, als er die Tätigkeit des Maklers ableugnet. Der Makler hat in diesem Fall die ungünstige Prozeßposition, daß er dem Auftraggeber die Kenntnis von seiner Tätigkeit nachweisen muß.

[77]) JW. 1907 S. 744 und Oertmann, Komm. z. BGB. 1929 § 652, 2 a E.

da die Tätigkeit des Maklers ein Verhandeln mit dem Auftraggeber und dessen Beratung nicht erfordert, sich vielmehr auf Unterhandeln mit dem anderen Teile beschränken kann.

Soweit der Auftraggeber arglistig handelt, indem er einem Makler das Objekt entlockt und ihn dann beiseite schiebt, bleibt er zur Zahlung der Gebühr verpflichtet [78]).

Im Grundstücksverkehr wird durch die Übertragung des Alleinverkaufs das Erfordernis des kausalen Zusammenhangs zwischen der nachweisenden Tätigkeit und dem Zustandekommen des Vertrages im Wege freier Parteivereinbarungen wegbedungen. Dagegen ist nichts zu erinnern. In einer derartigen Verpflichtung ist die Gegenleistung des Auftraggebers für die Bereitschaft des Maklers zur Tätigkeit und etwaige bereits entfaltete Tätigkeit zu erblicken. Aus diesem Grunde liegt in einer solchen Vereinbarung nicht ein schenkweises Versprechen, das zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 518 BGB. bedarf. Ein solcher Vertrag ist aber auch nicht sittenwidrig. Dem Makler wird schlechthin eine Provision versprochen. Also auch für den Fall, daß er sich um das Zustandekommen des Vertrages überhaupt nicht kümmert. Es ist deshalb nicht ersichtlich, daß diese Vereinbarung nach ihrem aus Beweggrund, Inhalt und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter moralwidrig sein kann [78a]). Nicht einmal die Beweggründe des Maklers erscheinen als unbillig, ganz abgesehen davon, daß unsittliche Beweggründe dem Rechtsgeschäft nur dann den Stempel der Unsittlichkeit aufprägen, wenn sie den Inhalt des Geschäftes beeinflussen, also auf den objektiven rechtsgeschäftlichen Tatbestand einwirken. Der Makler bezweckt mit dieser Regelung sich gegen gewisse Gefahren zu sichern. Er will eine Abgeltung seiner Geschäftsunkosten erzielen, wenn das Objekt anderweitig verkauft wird. Große Maklerfirmen müssen mit ungeheuren Aufwendungen arbeiten. Aus allgemeiner Erfahrung der einschlägigen Verhältnisse beziffern sich die Unkosten bei einer Firma in einer mittelgroßen Stadt auf ca. 30—50 000 RM. Wenn man bedenkt, daß auf 100 Aufträge nur 2 bis 3 Verträge zustande kommen, so ersieht man, wieviel Mühe und Aufwendungen der Makler benötigt, um seine Geschäftsunkosten zu decken. Es ist auch durchaus die Annahme gerechtfertigt, daß bei der Abrede eines „Honorars auf alle Fälle" der Makler besonders erhebliche Bemühungen aufwendet. Diesen Willen hat auch der Auftraggeber. Der Makler soll eine großzügige Tätigkeit in seinem Interesse ent-

[78]) Recht 1919 Nd. 1394.

[78a]) Urt. d. Kammergerichts vom 9. 7. 1925 in Leipz. Zeitschr. f. D. R. 1926 S. 390 ff.

falten. Deshalb will er dem Makler die Provision auch für den Fall zusichern, daß er auch ohne seine Zuziehung abschließt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes kann nicht einmal die Rede davon sein, daß die Abrede für den Auftraggeber eine unbillige Härte innerhalb der getroffenen Vereinbarungen enthält.

Der Auftraggeber behält auf der anderen Seite das freie Recht, auch ohne den Makler unmittelbar oder durch einen dritten Makler abzuschließen. Das Recht des freien Abschlusses zeugt letzten Endes nicht von einer unwürdigen Beschränkung der Freiheit des Auftraggebers, aus der die Abrede des Honorars auf alle Fälle als unsittlicher Knebelungsvertrag zu werten wäre.

Nach diesen Darlegungen muß man anerkennen, daß das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der nachweisenden Tätigkeit des Maklers und dem Zustandekommen des Vertrages in freier Vereinbarung wegbedungen werden kann. In der Praxis lautet der diesbezügliche Provisionsschein in der Regel dahin: „Ich übertrage hiermit dem Grundstücksmakler ... auf die Dauer eines halben Jahres den alleinigen Verkauf des mir gehörigen Grundstücks und verpflichte mich demgemäß, ihm eine Provision von ...% des Verkaufswertes zu zahlen, wenn ich innerhalb dieses Zeitraumes mein Geschäft an einen mir von dem Grundstücksmakler ... nachgewiesenen oder einen anderen Käufer verkaufe."

Selbst dann, wenn die ausbedungene Provision unverhältnismäßig hoch festgelegt wird, ist diese Tatsache nicht geeignet, dem Vertrage den Stempel der Sittenwidrigkeit aufzuprägen. Es ist anerkannten Rechts, daß das Vorhandensein eines groben Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung allein zur Feststellung eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts nicht ausreicht [79]).

b) Recht auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung.

Der Makler hat das Recht [80]), durch Rechnungslegung des Auftraggebers und durch Büchereinsicht festzustellen, in welcher Höhe seine Provision erwachsen ist. Dieser Rechtsgrundsatz ist von der Praxis für den Fall entwickelt, daß die Höhe der Provision in Prozenten vom Reingewinn vereinbart ist.

Deshalb muß man auch durch Analogieschluß vom „Mehr" aufs „Minder" und unter Berufung auf die analoge Anwendung des

[79]) RG. 83, 112 und JW. 1913 S. 1144.
[80]) Vgl. Reichel a. a. O. S. 265 ff.

§ 91 HGB., wie auch aus der Provisionsabrede schlechthin, dem Makler das Recht zugestehen, Auskunft vom Auftraggeber über den Vertragsabschluß einzuholen, insbesondere über die Höhe des Kaufpreises, den Vertragskontrahenten, das vornehmlich dann, wenn der Vertrag sich anderweitig erledigt hat.

Von der Auskunftspflicht ist die Mitteilungspflicht streng zu scheiden. Beide [81]) stehen im Verhältnis wie Holschuld zur Bringschuld. Die Mitteilungspflicht ist im Gesetz ebenfalls nicht verankert. Das Recht muß dem Makler zugebilligt werden. Andernfalls wird er Mühe und Zeit nutzlos vergeuden und schließlich feststellen, daß der Auftraggeber bereits durch einen anderen Makler abgeschlossen hat.

Die herrschende Meinung lehnt eine Verpflichtung des Auftraggebers, daß er dem Makler Mitteilung zukommen lassen muß, ab. Das Maklerrecht enthält eine solche Regelung nicht, während beim Auftrag ausdrücklich in § 655 BGB.[82]) eine dahingehende Pflicht festgelegt ist. Auch die §§ 157, 242 BGB. bieten für die Annahme einer Mitteilungspflicht keine Handhabe [83]). Gemäß § 157 BGB. sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Ein Wille, der aber nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck gebracht ist, darf nicht durch Auslegung in das Rechtsgeschäft hineingetragen werden [84]). Gemäß § 242 soll nach Treu und Glauben der Inhalt und Umfang einer Verpflichtung bestimmt werden. Die Frage, ob überhaupt eine Leistungspflicht bestehe oder nicht, ist deshalb aus § 242 nicht zu beantworten.

Dem Makler steht aber aus folgenden Gründen ein Recht auf Benachrichtigung von seiten des Auftraggebers zu.

Jeder, der in einem Vertragsverhältnis einen anderen zu einem bestimmten Zweck für sich bemüht, muß auch die Erledigung dieses Zwecks anzeigen. Dieser Grundsatz ist beabsichtigter Vertragswille und beherrscht das im BGB. statuierte Vertragsrecht. Keiner darf vom anderen unnötig Mühe und Kosten fordern.

Wem beim bedingten Rechtsgeschäft die Entscheidung der Bedingung zum Nutzen gereicht, muß von dem, der darüber Kenntnis

---

[81]) Vgl. Reichel S. 263.

[82]) Vgl. Reichel S. 264 und Kohler, Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht (ArchBürgR. Bd. 25 S. 164).

[83]) Klein in SeuffBl. Jahrg. 74 S. 25 Artikel „Zur Lehre von der Anzeigepflicht des Schuldrechts".

[84]) Vgl. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des RG. Bd. 2 S. 99, 100; K. Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse S. 187.

erlangt, benachrichtigt werden. Wer den Vorteil erlangt, hat ein Recht auf Benachrichtigung. In wieviel höherem Maße muß demjenigen ein solches Recht zustehen, dem die anderweitige Erledigung des Maklervertrages zum Nachteil gereicht. Dem Makler wird jede Möglichkeit genommen, den Maklervertrag zu erfüllen und sich dadurch seinen Lohn zu verdienen [85]) [86]). Es geht hier einzig und allein um die Voraussetzungen für die Vertragsgrundlage, die dem Makler entzogen werden, und nicht lediglich um das Mindere, die Entscheidung einer Bedingung.

Versäumt der Auftraggeber diese Anzeigepflicht, so macht er sich dadurch schadensersatzpflichtig. Ein Ersatzanspruch ist in analoger Anwendung der Vorschrift über den Auftrag gegeben. Dem steht auch nicht § 652 Abs. 2 BGB. entgegen. Denn nach dieser Bestimmung wird vorausgesetzt, daß dem Makler immer noch die Möglichkeit offen steht, für seine Auslagen die ihm zugesagte Provision zu verlangen. Erledigt sich der Auftrag aber dadurch, daß der Auftraggeber selber einen Interessenten gefunden hat, mit dem er abschließen will, so muß er dem Makler davon Nachricht geben. Unterläßt er diese Anzeige, so muß das Fortbestehen des Vertrages angenommen werden. Den Schaden des Maklers muß der Auftraggeber dann ersetzen.

Wenn der Auftraggeber vorsätzlich die Erledigungsanzeige unterlassen hat, entspricht es durchaus der Billigkeit, daß dem Makler Ersatz bis zur vollen Höhe des ihm entstandenen Schadens [87]) (eventuell über den vereinbarten Lohn) zugebilligt wird.

Ist der Schaden auf fahrlässiges Verhalten des Auftraggebers zurückzuführen, so kann der Makler nur insoweit Ersatz verlangen, als der Schaden die vereinbarte Provision nicht überschreitet.

Die Höhe der Provision berechnet sich nach den Portospesen, Transport-, Reisekosten und dergleichen, die dem Makler nach dem Abschluß des Vertrages zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten bis zum Tage der Kenntnis entstanden sind. Für seine Aufwendungen, die er vor Vertragsabschluß hatte, steht ihm kein Ersatzanspruch zu, da der Auftraggeber bis zu dieser Zeit den Maklervertrag frei widerrufen konnte.

---

[85]) Vgl. Mayer, Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag, Diss. Heidelberg 1912.

[86]) So auch Cola, Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht (ArchBürgR. Bd. 25); Reichel a. a. O.

[87]) So auch Staudinger, Komm. z. BGB. 7./8. Aufl. Bd. 2 Abt.1 S. 56.

c) Aufwendungen und Aufwandsentschädigung.

Der Maklervertrag ist Erfolgsvertrag. Erst der Erfolg berechtigt ihn, die Provision zu fordern.

Diese Regelung [88]) bedeutet für den Makler eine wirtschaftliche Härte. Von den hundert angebahnten Geschäften kommen höchstens zwei oder drei zum Abschluß. Auf diese Weise werden ihm seine Auslagen (Reisen, Porti, Annoncen, Grundbuchauszüge) in keiner Weise abgegolten.

Nur im Falle einer Parteivereinbarung darf der Makler gemäß § 652 Abs. 2 BGB. sich seine Aufwendungen ersetzen lassen.

Eine solche Abrede kann sich stillschweigend aus den besonderen Umständen des Falles ergeben. Sie ist immer anzunehmen, wenn dem Makler der Alleinverkauf des Grundstücks für bestimmte Zeit zugesagt ist [89]). Dadurch wird der Makler zu einer Tätigkeit angespornt, die er ohne diese Zusage nicht entfalten würde. Er würde sonst manche Spesen scheuen.

Für den Fall aber, daß der Auftraggeber den Auftrag zurücknimmt, hat der Makler keinen Anspruch auf Ersatz der Auslagen [90]).

Im übrigen finden die §§ 256, 257 hier Anwendung. Der Auftraggeber hat die aufgewendeten Beträge von der Zeit der Aufwendung an mit 4% zu verzinsen. Wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet sind, kann er die Verzinsung des als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Geldbetrages beanspruchen (§ 256). Bestand die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so kann der Makler Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Bei Nichtfälligkeit der Verbindlichkeit kann er Sicherheitsleistung gemäß §§ 233 ff. BGB. fordern (§ 257).

Von dem Ersatz der Aufwendungen ist die Aufwandsentschädigung zu scheiden. Diese wird dem Makler für aufgewendete Zeit und Mühe und eventuelle Auslagen gewährt.

Die Praxis neigt dazu, die Aufwandsentschädigung als Konventionalstrafe im Sinne des § 343 BGB. anzusprechen und entscheidet nach freiem richterlichen Ermessen, unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles, ob die Abwägung der Interessen ergibt, daß die verwirkte Entschädigung

---

[88]) Anders beim Handelsagenten.

[89]) Staub, Komm. z. HGB. 9. Aufl. 1912 Anm. 15 Exkurs vor § 93. — A. A. Jacusiel, Das Recht der Agenten, Mäkler und Kommissionäre, 2. Heft: Das Recht der Mäkler, 2. Aufl. Berlin 1910.

[90]) Jacusiel a. a. O. S. 147.

unverhältnismäßig hoch ist. Dabei wird der Bestimmung des § 138 Abs. 1 BGB. allzu leicht Rechnung getragen. Während diese Bestimmung im Verhältnis zu § 343 BGB. nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn zu dem bloßen Mißverhältnis der Strafhöhe noch etwas weiteres hinzukommt, was dem Strafgedinge den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrückt und es im ganzen als vernichtungsunwürdig erscheinen läßt.

Die Aufwandsentschädigung ist aber überhaupt keine Konventionalstrafe. Ihre Höhe wird weder nach § 343, noch nach § 655 BGB. durch Richterspruch auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen sein. Die Aufwandsentschädigung ist lediglich die Gegenleistung für geleistete Dienste. Der Makler soll eine großzügige Tätigkeit entfalten. Dieses wird ihm in der Regel nur möglich sein, wenn ihm der Auftraggeber eine Entschädigung zubilligt. Es unterliegt grundsätzlich keinem Bedenken, wenn die Entschädigung im Verhältnis zur vereinbarten Provision als unangemessen hoch erscheint.

Soweit die Aufwandsentschädigung im einzelnen Falle zu einem nicht zweckentsprechenden oder unbilligen Ergebnisse führt, ist die Anwendung des § 138 BGB., der etwaigen Mißbräuchen steuern soll, geboten. Dieses ist insbesondere dann der Fall, wenn der Makler sich eine Aufwandsentschädigung versprechen läßt, ohne überhaupt eine Tätigkeit für den Auftraggeber entfalten zu wollen. Derartige Vertragsbedingungen sind nach ihrem, aus Beweggrund, Inhalt und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter unsittlich.

Die Aufwandsentschädigung kommt im Maklergewerbe nur selten vor. Diese Entschädigung ist deshalb nicht üblich, weil sie allzu oft in unredlicher Weise zum Schaden des Auftraggebers und des ehrbaren Maklers von unlauteren Elementen ausgenutzt wird. Aber auch aus dem Gesichtspunkt, das Risiko seiner Arbeit selbst zu tragen, und nicht auf den Auftraggeber abzuwälzen, lehnt der Makler eine solche Vereinbarung ab.

V. Höhe des Maklerlohnes.

Die Höhe des Maklerlohnes richtet sich nach den Parteivereinbarungen [1]). Nach den landesrechtlichen Vorschriften durften die Parteien die taxmäßig festgesetzten Quoten nicht überschreiten.

[1]) Abgesehen vom § 655 BGB. und der etwaigen wucherischen Ausbeutung des Auftraggebers durch den Makler.

Diese Bestimmungen sind aber durch Art. 55 EG.z.BGB. als aufgehoben zu erachten [2])

Die Vergütung wird regelmäßig in einem Prozentsatz des Kaufpreises festgelegt [3]). An manchen Plätzen wird ein bestimmter Betrag als Lohn vereinbart. Wenn der Auftraggeber dem Makler ausnahmsweise den Betrag verspricht, der den Kaufpreis übersteigt, oder ihm einen Prozentsatz dieses Betrages zusagt, so will er dadurch den Makler zur eifrigen Tätigkeit anspornen [4]).

Mangels einer solchen Parteivereinbarung gilt bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn als vereinbart. In Ermangelung einer Taxe ist der übliche Lohn als vereinbart anzusehen. Die Taxe ist im Grundstücksvermittlungsverkehr nicht üblich. Dagegen läßt sich in vielen Orten des Reichs bei Grundstücksverkäufen von einem „üblichen Lohn" sprechen. Dieser erreicht in den Großstädten annähernd 3%, während in kleineren Städten der Prozentsatz niedriger liegt (1—2%). Dabei ist immer vorauszusetzen, daß der Makler sein Geschäft gewerbsmäßig betreibt. Die übliche Provision bemißt sich dann nicht nach den Courtagesätzen der Grundstücksmakler, wenn der Makler (nicht Berufsmakler) nicht zu diesen gehört und deshalb für seine gelegentliche Vermittlertätigkeit nicht eine ebenso hohe Vergütung beanspruchen kann wie ein Berufsmakler [5]).

Läßt sich ein üblicher Maklerlohn nicht feststellen, so sind die Vorschriften der §§ 315 und 316 BGB. entsprechend anzuwenden [6]). Im Streitfalle hat der Richter den Lohn nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Maßstab sich nicht nach dem Umfang der Tätigkeit (nach der aufgewendeten Zeit und dem Geldanspruch des Maklers) richtet, sondern vielmehr nach den Interessen, die für die Vertragsparteien auf dem Spiel stehen, nach den Fähigkeiten und Erfahrungen des Maklers, seiner Sach-, Personen- und Ortskenntnis, den Vertrag zustandezubringen.

Kommt es zwischen dem Auftraggeber und dem Makler wegen des Maklerlohnes zum Rechtsstreit, so muß der Makler, wenn er die übliche Provision fordert, und der Auftraggeber eine vereinbarte Provision vorträgt, beweisen, daß eine Abrede über die Lohnhöhe unter den Parteien nicht getroffen sei. Die Beweislast trägt der Makler deshalb, weil das Vorbringen des Auftraggebers kein Ein-

---

[2]) So RG. 68, 195 und JW. 1908 S. 321 Nr. 1; vgl. Oertmann § 654, 1.

[3]) Dabei muß immer der wirkliche Kaufpreis entscheiden. Dies ist besonders wichtig, wenn es sich um simulierte Angaben handelt.

[4]) Vgl. auch RG. in JW. 1905 S. 73.

[5]) OLG. 22/323.

[6]) Vgl. OLG. Hamburg, Rechtspr. Bd. 8 S. 439.

wand, sondern ein motiviertes Leugnen ist. Nach bekannten Grundsätzen muß dann der Kläger das Fehlen einer entstehenden Abrede beweisen.

VI. Erfüllungsort.

Der Erfüllungsort für den Lohnanspruch ist gemäß § 269 BGB. der Ort, an dem der Auftraggeber zur Zeit des Abschlusses des Maklervertrages seinen Wohnsitz, bezugsweise seine Handelsniederlassung hatte. Als Erfüllungsort kann deshalb nicht der Ort, an dem der Makler seine Tätigkeit entfaltet, insbesondere der Vertrag geschlossen oder erfüllt ist, angenommen werden [1]).

VII. Verjährung.

Der Anspruch eines Nichtberufsmaklers verjährt in 30 Jahren (§ 195 BGB.); die Ansprüche eines gewerbsmäßigen Maklers unterliegen einer zweijährigen Verjährungsfrist (§ 196 Abs. 1 Ziff. 7 BGB.). Ist der Makler, mag er Gelegenheits- oder gewerbsmäßiger Makler sein, Kaufmann, so tritt gemäß § 196 Abs. 1 BGB. eine Verjährungsfrist von 2 Jahren ein. An Stelle der zweijährigen Verjährungsfrist tritt in diesem Falle eine solche von 4 Jahren, wenn die Maklertätigkeit für den Gewerbebetrieb des Auftraggebers erfolgt ist (§ 196 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 BGB.).

Die dreißigjährige Verjährung beginnt mit der Entstehung des Lohnanspruchs, während die kurzen Verjährungsfristen von 2 und 4 Jahren mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch auf Maklerlohn entstanden ist (§ 198 und § 201 BGB.), beginnen [2]).

Dem Einwande der Verjährung kann der Makler im Prozeßfalle eventuell mit der Replik der Arglist begegnen. Diese ist m. E. immer dann gegeben, wenn der Makler die Vertragsverhandlungen angebahnt, der Auftraggeber aber unterlassen hat, den Makler von dem Zustandekommen des Vertrages in Kenntnis zu setzen. Der Auftraggeber ist nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Makler von dem Vertragsabschluß Mitteilung zu machen. Erfährt der Makler erst nach Ablauf der Verjährungsfrist zufällig von dem seinerzeit abgeschlossenen Vertrag, so steht der Einrede der Verjährung die

---

[1]) Vgl. auch Bolze, Praxis des RG. in Zivilsachen Bd. 18 Nr. 303.
[2]) Vgl. auch RG. in JW. 1906 S. 84.

Gegeneinrede der Arglist deshalb entgegen, weil der Auftraggeber durch Verheimlichung der Schuld entgegen einer Mitteilungspflicht die Verjährung veranlaßt hat.

VIII. Beendigung des Vertrages.

Das Vertragsverhältnis zwischen Makler und Auftraggeber findet in der Regel seine Beendigung durch die beiderseitige Vertragserfüllung (§ 362 BGB.). Beide Teile können auch übereinkommen, den bestehenden Maklervertrag aufzuheben. Durch Unmöglichkeit der Erfüllung (das Grundstück ist untergegangen oder der Auftraggeber hat ohne Vermittlung des Maklers abgeschlossen) kann das Vertragsverhältnis fernerhin zwischen Auftraggeber und Makler erlöschen.

Daneben ist aber auch jeder Teil berechtigt, einseitig den Vertrag zu lösen (Widerruf und Kündigung) [1]). Der Grund liegt in der Eigentümlichkeit des Maklervertrages, wonach für den Makler regelmäßig eine Tätigkeitspflicht nicht besteht, der Auftraggeber auch seinerseits zum Abschluß des vom Makler vorbereiteten Vertrages nicht verpflichtet ist. Ohne Einfluß ist, ob der Rücktritt begründet ist oder nicht. Der Auftraggeber kann das Geschäft selber oder durch Vermittlung eines anderen Maklers abschließen, von dem Geschäft auch ganz Abstand nehmen. Hat der Makler sich zu einer Tätigkeit verpflichtet, so steht ihm ohne weiteres ein Recht auf Kündigung nicht zu. In diesem Fall finden die Vorschriften über den Dienstvertrag analog Anwendung.

Jede Kündigungsbefugnis ist dem Makler dann versagt, wenn er den Erfolg der Vermittlung garantiert hat.

Die Kündigung kann expressis verbis wie durch konkludentes Handeln erklärt werden. Aus dem bloßen Untätigsein des Maklers ist ohne weiteres eine Kündigung nicht zu folgern, möglicherweise ist aber auf seinen Rücktritt vom Maklervertrag zu schließen.

Erfolgt die Kündigung zu Unrecht, so kann der Auftraggeber Erfüllung des Vertrages oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

In der Regel wird der Auftrag einem bestimmten Makler mit Rücksicht auf dessen persönliche Fähigkeiten und Kenntnisse erteilt. Deshalb hat der Tod des Maklers auch das Erlöschen des Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Auftraggeber zur not-

---

[1]) Vgl. Oertmann, Komm. z. BGB. § 652, 3.

wendigen Folge. Für den Fall aber, daß der Auftraggeber sich lediglich die Beziehungen einer großen Maklerfirma sichern wollte, ist nach dem Willen des Auftraggebers der Tod des Inhabers der Firma ohne Einfluß auf die Fortdauer des Maklervertrages [2]).

Ob der Tod des Auftraggebers den Maklervertrag beendet, ist nicht einheitlich zu entscheiden. Es kommt darauf an, ob der Maklervertrag lediglich eine vom Auftraggeber selbst zu erfüllende Leistung zum Gegenstand hat oder ob auch der Erbe in der Lage ist, das vom Auftraggeber in Aussicht genommene Geschäft seinerseits zu erfüllen. Im ersteren Falle erlischt der Maklervertrag, im letzteren Falle übt der Tod des Auftraggebers keinen Einfluß auf das Bestehen des Maklervertrages aus [3]). Der Erbe muß aber Kenntnis von der Maklertätigkeit haben, andernfalls hat der Makler keinen Anspruch auf seinen Lohn [4]).

Eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers und des Maklers haben auf die Beendigung des Maklervertrages die gleichen Wirkungen wie der Tod einer dieser Personen.

Durch den Konkurs des Maklers wird der Maklervertrag nicht beendet. Der Konkurs erfaßt das Vermögen des Maklers, übt aber keinen Einfluß auf seine persönliche Handlungsfähigkeit aus. Die persönlichen Fähigkeiten sind es aber, auf die es dem Auftraggeber ankommt.

Beim Konkurs des Auftraggebers entscheidet der Gegenstand des Vermittlungsauftrages. Der Maklervertrag endet, wenn das zu vermittelnde Geschäft einen Gegenstand betrifft, welcher zur Konkursmasse gehört. Durch die Konkurseröffnung verliert der Auftraggeber das Verfügungsrecht über den Gegenstand. Das Vertragsverhältnis zwischen Makler und Auftraggeber endet aber nur dann, wenn der Makler die Konkurseröffnung kennt. Beweispflichtig dafür ist der Konkursverwalter. Andernfalls gilt der Vertrag als fortbestehend. Die Lohnansprüche sind einfache Konkursforderungen, wenn sie vor Eröffnung des Konkursverfahrens erworben sind. Diese Stellung nehmen aber die während des Verfahrens entstandenen Ansprüche nicht ein; sie begründen keine Konkursforderung.

---

[2]) Vgl. Reichel a. a. O. S. 216. — A. A. Jacusiel, Recht der Mäkler 2. Heft, 2. Aufl. Berlin 1910.

[3]) A. A. Riesenfeld, Der Zivilmäkler, Beitr. zu der Lehre von den Agenten, in GruchBeitr. Bd. 37 S. 580; Doerr, Der Mäklervertrag im BGB., in SeuffBl. 1905 S. 643.

[4]) Vgl. RG. 47, 255.

Für seine Auslagen, die vereinbarungsgemäß zu ersetzen sind, hat der Makler eine Konkursforderung. Bevorrechtigt ist diese Forderung dann, wenn die Masse durch seine Aufwendungen ungerechtfertigt bereichert ist.

Der Maklervertrag wird durch die Konkurseröffnung überhaupt nicht berührt, wenn sich die Geschäftsbesorgung auf einen Gegenstand des konkursfreien Vermögens bezieht. Konkursfrei sind solche Sachen, die nicht der Pfändung unterliegen, oder an denen ein Pfandrecht nicht bestellt werden soll, und das nach Eröffnung des Verfahrens erworbene Vermögen.

IX. Festanhandgabe.

Der vorsichtige Makler trägt seiner eigenartigen Stellung im Gesetz dadurch Rechnung, daß er sich seinen Auftrag durch Unterzeichnung eines Provisionsscheines erteilen läßt. Dadurch hat er die Möglichkeit, die ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte zu erweitern. Die besondere Ausgestaltung des Provisionsscheines hat den Vorzug, daß der Auftraggeber nicht die Tätigkeit verschiedener Makler in Anspruch nehmen kann. Der Makler sichert sich vor zwecklosen Mühen und Auslagen durch eine präzise Abfassung des Auftragscheines.

Aus dieser Einstellung nimmt es nicht wunder, wenn in den Provisionsscheinen der Grundstücksmakler mit dem Auftraggeber folgende Klausel vereinbart: „Die Provision ist auch dann zu zahlen, wenn der Auftraggeber vor Ablauf von 6 Monaten nach Erteilung dieses Auftrages sein Grundstück ohne Hilfe des beauftragten Maklers verkauft." Häufig lautet die Vereinbarung auch: „Ich übertrage dem Makler ... auf die Dauer eines halben Jahres den alleinigen Verkauf meines Grundstücks und verpflichte mich, ihm eine Provision von ...% des Kaufpreises zu zahlen, wenn ich innerhalb dieses Zeitraumes mein Geschäft an einen von dem Makler nachgewiesenen oder einen anderen Käufer verkaufe", oder: „Ich verpflichte mich, die versprochene Provision zu zahlen, wenn ich in der Frist bis zum ... mein Grundstück mit oder ohne Zutun des Maklers ... verkaufe".

Auftragsscheine mit solchen festen Bestimmungen werden zu Provisionsstreitigkeiten selten Anlaß geben. Anders dagegen, wenn Klauseln angebracht werden, die den Auftraggeber lediglich durch einen „f e s t e r t e i l t e n" Auftrag zum Verkauf seines

Grundstücks binden. Entweder wird die Fassung gewählt: „Der Makler ist berechtigt, den Verkauf des Anwesens zu vermitteln. Aus dem Verkauf bis zum 1. Oktober ds. Js. wird dem Makler eine Provision von 2% des Verkaufspreises zugesichert", oder: „ich übertrage dem Makler ... den Alleinverkauf meines Grundstücks bis zum 1. Juli ds. Js.". Besonders häufig kehren in den Provisionsscheinen die Bestimmungen wieder, „das Grundstück wird dem Makler fest und unwiderruflich bis zum 1. Oktober ds. Js. an die Hand gegeben", und „ich gebe dem Makler das Grundstück zum Alleinverkauf fest an Hand".

Nach den früheren Feststellungen gehört es zu den Eigentümlichkeiten des Maklervertrages, daß der Auftraggeber bis zum Zustandekommen des vermittelten Vertrages zum Widerruf berechtigt ist. In den vorliegenden Fällen hat der Auftraggeber sein Objekt dem Makler zum Verkauf oder Alleinverkauf „fest an Hand" gegeben. Durch diese Vereinbarungen hat der Auftraggeber sich seines Widerrufrechts begeben. Gegen eine solche Bindung an den Maklerauftrag ist nichts zu erinnern. Es muß daran festgehalten werden, daß diese Bindung lediglich eine Modifikation des typischen Maklerauftrages darstellt. Treu und Glauben müssen dort eingreifen, wo die speziellen Bestimmungen nicht ausreichen. Analoge Anwendung von ähnlichen Rechtsgeschäften, die im Gesetz ausführlich geregelt sind, ist geboten. Und schließlich muß richterliches Ermessen entscheiden, wenn dem Willen der Parteien Rechnung getragen werden soll.

Die Vereinbarung enthält einmal für den Auftraggeber die Verpflichtung, den Auftrag nicht zu widerrufen, zugleich enthält diese Bestimmung aber auch die Verpflichtung des Auftraggebers, die vertragsmäßige Provision an den Makler zu zahlen, wenn das Geschäft ohne die Vermittlung des beauftragten Maklers abgeschlossen wird. Der Bruch der Vereinbarung verpflichtet den Auftraggeber schlechthin zur Lohnzahlung. Daß dieses der Wille der Parteien ist, steht m. E. außer Zweifel. Der Makler will der Gefahr begegnen, Mühe und Aufwendungen nutzlos zu vergeuden. Deshalb will er sich seinen Provisionsanspruch durch eine solche Abrede sichern. Der Auftraggeber mag nun von einem Makler zum anderen „laufen" und jeden mit dem Verkauf seines Grundstücks beauftragen. Es ist ohne Belang, ob der Auftraggeber jetzt durch den beauftragten Makler oder mit Hilfe eines anderen Maklers abschließt oder ob das Geschäft ohne jeden Makler zustande kommt. Der Auftraggeber andererseits will dem Makler eine umfangreiche Tätigkeit ermöglichen. Der Sinn und Zweck dieser Klausel ist für

ihn genau wie bei der Aufwandsentschädigung der, dem Makler zur Entfaltung von erheblichen Bemühungen und zu großen Auslagen anzuspornen. Der Auftraggeber will sich seinerseits in keiner Weise des Rechtes begeben, auch unmittelbar oder durch die Vermittlung eines anderen Maklers das Geschäft abzuschließen. Er will einer möglichst großen Zahl von Interessenten das Objekt zugänglich machen. Eine solche Gewähr hat er durch seine bindende Zusage an den Makler erlangt. Seine Erfolgschancen sind aber größer, wenn er auch andere Makler betrauen darf oder aus eigener Initiative mit Interessenten in Verbindung treten kann. Die Folge ist, wenn der Auftraggeber ohne den beauftragten Makler abschließt, daß die Spesen des Geschäfts sich beträchtlich erhöhen. Dieser Verschlechterung seiner Position steht aber auf der andern Seite das Recht des freien Abschlusses gegenüber. Härten für eine größere Erfolgschance nimmt jeder Auftraggeber auf sich, und das entspringt einem durchaus gesunden Rechtsempfinden. Dagegen kann der Auftraggeber an der Beschränkung seines Verkaufsrechts, wie das Reichsgericht diese Klausel auslegt, nicht achtlos vorübergehen. Eine solche Regelung will und billigt er nicht.

Daß eine derartige Vereinbarung für den Fall des nicht durch den Makler verursachten Geschäftsabschlusses kein formbedürftiges Schenkungsversprechen darstellt, ist im Zusammenhang mit der Wegbedingung des Kausalzusammenhangs ausgeführt. Davon, daß einer solchen Bestimmung der Stempel der Sittenwidrigkeit aufgedrückt ist, kann nach den Feststellungen ebenfalls keine Rede sein. Es soll nur noch darauf hingewiesen werden, daß eine Bestimmung dieser Art keineswegs von einer Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Auftraggebers zeugt, durch die er schrankenlos dem Willen des Maklers unterworfen wird. Es ist durchaus im Willen der Parteien gelegen, dem Makler eine Monopolstellung einzuräumen. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß bei den Bedingungen, zu denen der Makler abschließt, er nur einseitig seine Interessen zugrunde legt. Er verfährt durchaus in einer Weise, die mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar ist. Deshalb besteht ein Zustand, der durchaus zugelassen werden kann. Er führt mit Rücksicht auf das Recht zum anderweiten Abschluß des Auftraggebers nie zur Festlegung des Verkehrs. Die Vereinbarung enthält deshalb eine dem Verkehrsbedürfnis nicht wesensfremde Bedingung.

Im Prozeß hat der Makler den Vertragsabschluß und den anderweitigen Verkauf darzulegen. In dieser Richtung trifft ihn die Beweislast.

Die Praxis sieht in der Klausel, wonach dem Vermittler ein Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben" ist oder der Auftraggeber sich sonst seines Widerrufrechts begeben hat, einmal die Verpflichtung für den Auftraggeber, den Auftrag nicht zu widerrufen, sodann aber auch, daß der Auftraggeber nicht ohne Zuziehung des beauftragten Maklers abschließen darf. Die Meinung, daß der Auftraggeber sich schlechthin zur Zahlung des Lohnes verpflichtet, wenn er das Geschäft ohne Vermittlung des Beauftragten abschließt, wird von der Rechtsprechung allgemein abgelehnt. Insbesondere hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß die Zusage des Alleinverkaufs dem Auftraggeber, der diesen Verkauf durch Widerruf oder durch anderweiten Abschluß möglich macht, keineswegs zur Provisionszahlung verpflichtet. In den Entscheidungen des Reichsgerichts vom 18. Dezember 1888 [1]) und vom 7. April 1905 [2]) hat das Reichsgericht zwar die Möglichkeit bejaht, daß das Festanhandgeben oder der Verzicht auf das Widerrufsrecht den Auftraggeber schlechthin zur Zahlung des Maklerlohns verpflichten kann. Dieser Vertragswille ist aus der Tatsache allein, daß der Auftraggeber sich des Widerrufsrechts begeben hat, nicht zu folgern. Eine Bereitschaft zur Zahlung des Lohnes muß entweder zugesagt oder aus den Umständen entnommen werden können [3]). Jacusiel vertritt die Ansicht, daß das Reichsgericht in diesen Urteilen den Auftraggeber zur Provisionszahlung schlechthin verpflichtet. Nur soll im Einzelfall geprüft werden, ob dem Makler die Alleinverkaufsberechtigung übertragen ist. Der Wille der Parteien muß deutlich zum Ausdruck kommen. Es genügt nicht die Zusage des Alleinverkaufs; es muß das Grundstück dem Makler allein angestellt sein.

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 9. Juni 1911 [4]) vertritt das Reichsgericht zweifelsfrei die Ansicht, daß in der Übertragung des Alleinverkaufs nur eine Beschränkung des Geschäftsherrn gefunden werden kann. Der Makler kann deshalb aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes [5]) [6]) seine Vergütung fordern.

---

[1]) RG. 22, 378.
[2]) RG. in JW. 1905 S. 399 Nr. 9.
[3]) A. A. Staub, Exkurs vor § 93 HGB. und Jacusiel a. a. O. S. 52.
[4]) JW. 1911 S. 757 f.
[5]) Vgl. auch Staub Vorm. § 93 Anm. 17; Planck 3. Aufl. Vorbem. IV, 36 zu dem Titel Maklervertrag; v. Staudinger Bem. II 2 a zu § 652 (9. Aufl.); vgl. auch OLG. Rostock vom 13. 4. 1917, OLG. 36, 83 f. — A. A. Rospatt in GruchBeitr. Bd. 45 S. 546 f., auf den Oertmann (5. Aufl. Bem. 3 zu § 652 BGB.) verweist.
[6]) Bei bewußt sittenwidrigem Verhalten des Auftraggebers ist

Der Schadensersatzanspruch ist aber nur dann gegeben, wenn der Makler nachweist [7]), daß er einen zum Abschluß des Kaufvertrages unter sachgemäßen Bedingungen fähigen und willigen Käufer gestellt haben würde. Der Makler hat danach im Prozeß die ungünstige Position, daß er beweispflichtig ist. Er muß einen Beweis führen, der je nach Lage des Falles verschiedene Schwierigkeiten bieten kann.

In der Regel sind die Verträge befristet. Die Frist läuft vom 1. Juli bis zum 1. Januar. Der Makler ist wiederholt mit Interessenten zur Besichtigung des Objektes gekommen. Der Makler hat dem Auftraggeber dann ernstliche Verkaufsvorschläge unterbreitet, deren Verwirklichung lediglich an dem Verhalten des Auftraggebers gescheitert sind. Der Auftraggeber hat dann ohne Zuziehung des Maklers mit anderen Interessenten abgeschlossen. In diesem Fall wird es dem Makler nicht schwer sein, nachzuweisen, daß er brauchbare Vermittlungen getätigt hat. Er braucht nur die Interessenten im Prozeß als Zeugen zu benennen. Anders ist es, wenn es dem Makler trotz erheblicher Unkosten und Mühen nicht gelingen will, einen ernsthaften Reflektanten in Vorschlag zu bringen. Der Auftraggeber schließt nunmehr selber ab. Angenommen der Auftraggeber hat am 1. Oktober sein Grundstück ohne Zuziehung des Beauftragten verkauft. Nach dieser Zeit wird dem Makler jeder Versuch, noch einen Käufer für das Objekt zu interessieren, mißlingen. Keiner wird sich ohne Besichtigung und Unterhandlung mit dem Verkäufer zum Ankauf eines Grundstücks verstehen. Aus diesem Grund wird der Nachweis, den das Reichsgericht dem Makler aufbürdet, nicht erbracht werden können.

Das Reichsgericht berücksichtigt die Interessen des Maklers vornehmlich insoweit, als es die Ansicht vertritt, daß der Auftraggeber den Schadensersatzanspruch des Maklers nicht mit dem Einwande beseitigen kann, daß ihm trotz Verzichtes auf das Widerrufsrecht freigestanden habe, den Abschluß mit dem vom Makler zugeführten Käufer abzuschließen [8]). Wenn auch, so führt das Reichsgericht weiter aus, der Auftraggeber durch den Verzicht auf den Widerruf nicht verpflichtet ist, mit dem vom Makler zugeführten Käufer abzuschließen, so ist doch davon auszugehen, daß der Auftraggeber dem Makler einen bindenden Vermittlungsauftrag erteilt hat, dann aber ohne dessen Vermittlung verkauft hat, ohne

---

auch ein Anspruch nach § 826 BGB. gegeben, vgl. Urt. LG. Duisburg 16 L. O. 28, 18. S. 20 u. 28.

[7]) RG. 76, 361.

[8]) A. A. Rospatt in GruchBeitr. Bd. 45 S. 550.

dieses vertragswidrige Handeln an einen vom Makler ihm zugeführten Käufer verkauft haben würde, sofern dieser einen angemessenen Preis und sonstige entsprechende Kaufbedingungen geboten hätte und besondere Umstände gegen seine Person nicht vorgelegen hätten. Die Frage [9]), ob dem Makler die Vermittlung des Geschäfts gelungen sein würde, wenn der Auftraggeber nicht vertragswidrig gehandelt haben würde, ist nicht nach den Launen des Auftraggebers, sondern nur danach zu entscheiden, ob er bei verständiger Würdigung der Sachlage sich zum Abschluß mit einem vom Makler vorgeschlagenen Käufer entschieden haben würde [10]).

M. E. verkennt das Reichsgericht die Verteilung der Beweislast [11]). Durch die Vertragsverletzung wird der Makler geschädigt. Ihm wird die Möglichkeit genommen, in der Sache weiter tätig zu bleiben und den Erfolg herbeizuführen. Der Auftraggeber entzieht durch sein vertragswidriges Verhalten dem Makler die Grundlage der Beweisführung. Deshalb hat der Auftraggeber die Vermutung gegen sich, daß er durch den anderweitigen Verkaufsabschluß das Zustandekommen des Geschäfts durch den Makler vereitelt hat. Diese Vermutung hat zur Folge, daß die Beweislast sich umkehrt. Der Auftraggeber muß demnach beweisen, daß der Makler auch ohne den unstatthaften Verkauf nicht in der Lage gewesen wäre, ihm innerhalb der Frist einen Käufer zu bringen, der bereit und fähig gewesen wäre, den Kauf unter sachgemäßen Bedingungen einzugehen. Erbringt er diesen Beweis nicht, so hat der Richter als wahr zu unterstellen, daß der Makler durch seine Tätigkeit den Vertrag zustande gebracht hätte. Mit dem Einwand, daß er willkürlich jeden Interessenten, der ihm vom Makler gebracht wäre, abgewiesen hätte, kann der Auftraggeber nach den früheren Darlegungen nicht gehört werden.

Die Umkehr der Beweislast ist lediglich die Verankerung des vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes, wonach eine Partei, wenn sie dem beweisbelasteten Gegner die ihm obliegende Beweisführung schuldhaft unmöglich macht, die Beweislast übernimmt [12]).

Nach unserer Ansicht verpflichtet die Klausel den Auftraggeber unmittelbar zur Lohnzahlung. Berücksichtigt man, daß der Auf-

---

[9]) Vgl. Urt. d. I. Zivilsen. vom 19. 11. 1904, in Gruch. Bd. 49 S. 619 ff.

[10]) Beim Gegenbeweis würde nachzuweisen sein, daß der Auftraggeber gleichwohl mit diesem Käufer bei verständiger Würdigung der Sachlage nicht abgeschlossen haben würde.

[11]) Vgl. OLG. Naumburg, Urt. vom 14. 11. 1905.

[12]) RG. 5, 29; 60, 147 ff.

traggeber den hier geforderten Beweis niemals erbringen kann, so erzielt man im Ergebnis denselben Erfolg.

Wiederholt ist auf eine Befristung des Auftrages hingewiesen. Dieses ist deshalb erforderlich, weil eine unsittliche Bindung des Auftraggebers darin gesehen ist, daß er ohne jede Zeitgrenze dem Makler den Alleinverkauf seines Grundstücks übertragen hat. M. E. ist so zu argumentieren, daß eine ohne zeitliche Beschränkung erteilte Zusage von beiden Seiten nicht gemeint und gar nicht gewollt sein kann. In einer solchen Vereinbarung ist immer nur ein Widerrufsverzicht für einen nach der Verkehrssitte und billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände vom Richter nachträglich festzusetzenden Zeitraum zu sehen [13]).

---

[13]) Vgl. RG. in JW. 1905 S. 340; LZ. 1922 Sp. 25 und RGRKomm. Anm. 1 zu § 652; Staudinger Anm. 2 a zu § 652.